

**Die Bedeutung
des sog. verkehrsrichtigen Verhaltens für
den Deliktsaufbau**

(Eine strafrechtliche Untersuchung)

Hans Otto Zimmermann

=

1961



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555208_0101

DIE BEDEUTUNG DES SOG. VERKEHRSRICHTIGEN
VERHALTENS FÜR DEN DELIKTSAUFBAU
(EINE STRAFRECHTLICHE UNTERSUCHUNG)

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Juristischen Fakultät
der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt

von

HANS OTTO ZIMMERMANN

1960

Referent: Prof. Dr. iur. Dr. med. h. c. Karl Engisch
Korreferent: Prof. Dr. iur. Reinhart Maurach
Tag der mündlichen Prüfung: 23. Februar 1961



Meinen Eltern

VORWORT

Die vorliegende Abhandlung wurde im Mai 1960 abgeschlossen. Später erschienenes Schrifttum konnte zum Teil noch verwertet werden. Nicht mehr möglich war es jedoch, die 7. Auflage von Welzels Lehrbuch "Das deutsche Strafrecht" zu berücksichtigen. Welzel bringt hierin (insbesondere S. 113 ff.) eine grundlegende Neubehandlung der fahrlässigen Delikte. "Leitbild" für die Tatbestandsmässigkeit dieser Delikte ist danach das Merkmal der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Bei Beachtung dieser Sorgfalt verneint Welzel die Tatbestandsmässigkeit, ein Ergebnis, zu dem auch die vorliegende Abhandlung gelangt.

Ich darf auch an dieser Stelle Herrn Professor Dr. iur. Dr. med. h. c. Karl Engisch für die in seinen Vorlesungen und Seminarien erhaltenen Anregungen meinen aufrichtigen Dank aussprechen.

Hans Otto Zimmermann

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
VORWORT	V
INHALTSVERZEICHNIS	VII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXIII
EINLEITUNG: Ausgangspunkt, Gegenstand und Ziel der Untersuchung	1
1. Abschnitt: Der Beschluss des Grossen Zivilsenats des BGH vom 4. 3. 1957 und seine Kritiker	1
2. Abschnitt: Die Bedeutung des vom Grossen Zivilsenat entschiedenen Problems	3
3. Abschnitt: Gegenstand und Ziel der Untersuchung	4
ERSTER HAUPTTEIL:	
Die Bedeutung des sog. verkehrsrichtigen Verhaltens in den verschiedenen Straf- rechtssystemen	6
Vorbemerkung	6
1. Abschnitt: Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Tatbestandsproblem	7
Vorbemerkung	7
I. Die Lehre Welzels	7
1. Der Ausgangspunkt	
2. Begriff und Bedeutung der sozialen Adäquanz	
3. Sozialadäquanz und adäquate Kausalität	
4. Rechtswidrigkeit und Schuld bei fahrlässigen Delikten	
II. Die Lehre Nieses	9
1. Der Ausgangspunkt	
2. Die Folgerung	
2. Abschnitt: Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Kausalitätsproblem (Die Lehre Naglers)	10

3. Abschnitt: Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Rechtswidrigkeitsproblem	11
Vorbemerkung	11
1. Unterabschnitt: Nicht finalistische Systeme	12
I. Die Lehre Exners	12
II. Die Lehre M.L. Müllers	12
1. Der Gegenstand des rechtlichen Verbots	
2. Der Zeitpunkt des rechtlichen Verbots	
III. Die Lehre Belings	13
1. Rechtmässigkeit und Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg	
2. Rechtswidrigkeit und adäquate Kausalität	
IV. Die Lehre Engischs	15
1. Das erlaubte Risiko und seine Bedeutung	
2. Der Zeitpunkt der Rechtswidrigkeitsbeurteilung	
3. Die Bedeutung der Adäquanz	
V. Die Lehre H. Mayers	18
VI. Die Lehre Henkels	18
VII. Die Lehre Sauers	19
1. Gegenstand und Zeitpunkt des rechtlichen Verbots	
2. Die Bedeutung des erlaubten Risikos	
VIII. Die Lehre Mathofers	20
1. Unrechtssachverhalt und Unrechtsvorwurf	
2. Die Einschränkung der Bedingungstheorie im Unrechtsbereich	
3. Die Bedeutung des "verkehrsrichtigen" Verhaltens	
IX. Die Lehre Schröders	21

	Seite
2. Unterabschnitt: Finalistische Systeme	23
I. Die Lehre Welzels	23
1. Das Wesen des Unrechts	
2. Die Bedeutung der sozialen Adäquanz	
3. Die Bedeutung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt	
II. Die Lehre Nieses	25
1. Die Bedeutung der sozialen Adäquanz	
2. Sozialadäquanz, erlaubtes Risiko und Sorgfaltspflicht	
4. Abschnitt: Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Tatverantwortungsproblem (Die Lehre Maurachs)	26
Vorbemerkung	
1. Verkehrsmässiges Risiko und Rechtswidrigkeit	
2. Verkehrsmässiges Risiko und Schuld	
3. Verkehrsmässiges Risiko und Tatverantwortung	
5. Abschnitt: Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Schuldproblem	28
Vorbemerkung	28
I. Die Lehre M.E. Mayers	28
1. Die Bedeutung des erlaubten Risikos	
2. Das Wesen der Fahrlässigkeit	
II. Die Lehre R.v. Hippels	29
1. Der Zeitpunkt der Rechtswidrigkeitsbeurteilung	
2. Das Wesen der Fahrlässigkeit	
III. Die Lehre Franks	30
1. Die Bedeutung des massvollen Risikos	
2. Das Wesen der Fahrlässigkeit	
IV. Die Lehre Eb. Schmidts	31
1. Die Bedeutung des "verkehrsrichtigen" Verhaltens	
2. Das Wesen der Fahrlässigkeit	

V. Die Lehre Mezgers	33
1. Das Wesen des Unrechts	
2. Die Bedeutung der sozialen Adäquanz	
3. Das Wesen der Schuld	
4. Das Wesen der Fahrlässigkeit	

ZWEITER HAUPTTEIL:

Das sog. verkehrsrichtige Verhalten - ein Unrechtsproblem	37
1. Abschnitt: Das rechtliche Verbot	37
Vorbemerkung	37
I. Der Gegenstand des rechtlichen Verbots	38
1. Das Problem	
2. Der mögliche Gegenstand des rechtlichen Verbots	
a) Rechtliches Verbot und Naturereignisse	
b) Rechtliches Verbot und Reflexbewegungen	
c) Rechtliches Verbot und unwiderstehliche Gewalt	
d) Rechtliches Verbot und Gedanken, Gefühle, Gesinnungen	
e) Rechtliches Verbot und Willensakte	
f) Rechtliches Verbot und Kausalverläufe	
g) Rechtliches Verbot und Erfolge	
h) Rechtliches Verbot und Zustände	
3. Das Ergebnis	
II. Der Zeitpunkt des rechtlichen Verbots	45
1. Das Problem	
2. Der Zeitpunkt des rechtlichen Verbots	
a) Die Willensrealisierungen als hypothetische Rechtsgutsverletzungen	
b) Folgerungen hieraus für den Zeitpunkt des rechtlichen Verbots	
3. Das Ergebnis	

III. Das Kriterium für das rechtliche Verbot	49
1. Das Problem	
2. Die Kausalität als Kriterium für das rechtliche Verbot	
3. Die Adäquität als Kriterium für das rechtliche Verbot	
a) Inadäquates Verhalten und rechtliches Verbot	
b) Adäquates Verhalten und rechtliches Verbot	
c) Die Bedeutung der Adäquität für den Verbrechensaufbau	
4. Die rechtlich geforderte Sorgfalt als Kriterium für das rechtliche Verbot	
a) Der grundsätzliche Sorgfaltsmasstab	
b) Die Einengung dieses Sorgfaltsmasstabs	
c) Die Erweiterung dieses Sorgfaltsmasstabs	
d) Verfassungsrechtliche Einwände	
e) Zusammenfassung	
f) Folgerungen	
g) § 276 Abs. 1 S. 2 BGB und die rechtlich geforderte Sorgfalt	
5. Die soziale Adäquanz als Kriterium für das rechtliche Verbot	
6. Die sog. Tatverantwortung Maurachs und das rechtliche Verbot	
2. Abschnitt: Das Rechtswidrigkeits-, Unrechts- und Unwerturteil	66
Vorbemerkung	66
I. Das Rechtswidrigkeitsurteil	67
1. Normwidrigkeit, Rechtsnormwidrigkeit, Rechtswidrigkeit	
2. Normwidrigkeit und Rechtswidrigkeit in der Lehre Welzels	
3. Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils	
4. Die sog. rechtswidrigen Erfolge	
II. Das Unrechtsurteil	74
1. Der substantielle und der prädikative Unrechtsbegriff	
2. Der Unrechtsbegriff in der Lehre Welzels	
3. Unrecht und Rechtswidrigkeit	

III. Das Unwerturteil	76
1. Der Gegenstand des Unwerturteils	
2. Das Verhältnis von Verhaltens- und Erfolgswert	
a) Erfolgswert ohne Verhaltenswert	
b) Verhaltenswert ohne Erfolgswert	
c) Das Ergebnis	
3. Die Möglichkeiten der Rechtsordnung zur Verhinderung bzw. Beseitigung unwertiger Zustände	
a) Verhinderung unwertiger Zustände	
b) Beseitigung unwertiger Zustände	
4. Das Verhältnis von Unrechts- und Unwerturteil	
a) Verhaltenswert und Unrecht	
b) Erfolgswert und Unrecht	
c) Zusammenfassung	
3. Abschnitt: Die Stellung des sog. verkehrsrichtigen Verhaltens im Unrechtsbereich	84
Vorbemerkung	84
I. Die besonderen positiven Unrechtsmerkmale	85
1. Die Strafrechtsnormen als Normen des Sollens	
2. Die besonderen positiven Unrechtsmerkmale und ihre Bedeutung	
II. Das allgemeine positive Unrechtsmerkmal der Ausserachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt	87
1. Das personale Können	
2. Das allgemeine positive Unrechtsmerkmal und seine Bedeutung	
3. Ein Beispiel	
III. Die negativen Unrechtsmerkmale	91
1. Begriff und Bedeutung der Normen des Dürfens	
2. Die beiden Arten der negativen Unrechtsmerkmale	
a) Der Gedanke der Interessenpreisgabe	
b) Der Gedanke der Wahrnehmung höherer Interessen	

3. Das erlaubte Risiko und die soziale Adäquanz

- a) Das erlaubte Risiko und die soziale Adäquanz in den verschiedenen Strafrechtssystemen
- b) Das erlaubte Risiko und die soziale Adäquanz - keine negativen Unrechtsmerkmale

4. Zur Lehre Maihofers.

SCHLUSSBETRACHTUNGEN 96

- 1. Abschnitt: Zusammenfassung der Ergebnisse 96
- 2. Abschnitt: Das Problem der Notwehr gegen ein sog. verkehrs-
richtiges Verhalten mit drohendem Verletzungs-
erfolg 97
- 3. Abschnitt: Rechtswidrigkeitsbegriff und Einheit der Rechts-
ordnung (Ausblick) 101

LITERATURVERZEICHNIS

Die folgende Zusammenstellung enthält die genaue Verfasserbezeichnung und Titelangabe der in der Arbeit zitierten Kommentare, Lehrbücher, Monographien, Zeitschriftenaufsätze und Entscheidungsanmerkungen

- Allfeld, Philipp: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1934
- v. Bar, Ludwig: Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871
- v. Bar, Ludwig: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907
- Baumann, Jürgen: Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung (MDR 1957, S. 646)
- Beling, Ernst: Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- Beling, Ernst: Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, 1913
- Beling, Ernst: Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922
- Beling, Ernst: Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930
- Berner, Ludwig Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898
- Bettermann, Karl August: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 4. 3. 1957 (NJW 1957, S. 986)
- Binding, Karl: Handbuch des Strafrechts, 1. Band, 1885
- Binding, Karl: Das bedingte Verbrechen (GerS Bd. 68, 1906, S. 1)
- Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung (Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts), 1. Band: Normen und Strafgesetze, 4. Aufl. 1922
- Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung (Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts), 4. Band: Die Fahrlässigkeit, 1919
- Bindokat, Heinz: Mehrerlei Unrecht? (JZ 1958, S. 553)
- Bockelmann, Paul: Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949
- Bockelmann, Paul: Das strafrechtliche Risiko des Verkehrsteilnehmers (NJW 1960, S. 1277)
- Bode, Ferdinand: Zur Rechtswidrigkeit im Verkehrsrecht (DAR 1957, S. 173)
- Böhmer, Emil: Zum Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB (MDR 1958, S. 745)

- Böhmer, Emil: Zur Frage der Haftung für das sog. "Betriebsrisiko" (MDR 1960, S. 638)
- Boennecke, Willi: Schliesst das verkehrsrichtige Verhalten des Verkehrsteilnehmers die Rechtswidrigkeit aus? (NJW 1960, S. 1188)
- Boldt, Gottfried: Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat (ZStrW Bd. 68, 1956, S. 335)
- de Boor, Hans Otto: Gesetzesauslegung und Technik im Urheberrecht (Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, 1953, S. 31)
- Brauneck, Anne-Eva: Der strafrechtliche Schuld begriff (GA 1959, S. 261)
- Busch, Richard: Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949
- Dohna, Alexander Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905
- Dohna, Alexander Graf zu: Recht und Irrtum, 1925
- Dohna, Alexander Graf zu: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl. 1947
- Dunz, W.: Das verkehrsrichtige Verhalten, Bilanz eines Plenarbeschlusses (NJW 1960, S. 507)
- Eisler, Rudolf: Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. Aufl. 1930
- Engisch, Karl: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930
- Engisch, Karl: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931
- Engisch, Karl: Notstand und Putativnotstand. Kritische Bemerkungen zu dem gleichnamigen Werk von Siegert I (MschrKrimPsych. Bd. 23, 1932, S. 420)
- Engisch, Karl: Die Einheit der Rechtsordnung, 1935
- Engisch, Karl: Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung (ZStrW Bd. 58, 1939, S. 1)
- Engisch, Karl: Der Arzt im Strafrecht. Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buche von Eb. Schmidt (MschrKrimBiol. Bd. 30, 1939, S. 414)
- Engisch, Karl: Der finale Handlungsbegriff (Probleme der Strafrechts-erneuerung, Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage dargebracht, 1944, S. 141)
- Engisch, Karl: Vom Weltbild des Juristen, 1950
- Engisch, Karl: Der rechtsfreie Raum (ZStaatsW Bd. 108, 1952, S. 385)
- Engisch, Karl: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953

- Engisch, Karl: Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen? Referat für die Tagung der deutschen Strafrechtslehrer verkürzt vorgetragen am 10.1.1954 (ZStrW Bd. 66, 1954, S. 339)
- Engisch, Karl: Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht (Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 127)
- Engisch, Karl: Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation. Abdruck aus: Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 4. Aufl. 1958, S. 1521
- Engisch, Karl: Die Relativität der Rechtsbegriffe. Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Basel 1958, S. 59
- Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl. 1959
- Engisch, Karl: Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht (Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I, 1960, S. 401)
- Exner, Franz: Das Wesen der Fahrlässigkeit (Eine strafrechtliche Untersuchung), 1910
- Exner, Franz: Fahrlässiges Zusammenwirken (Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag, 1930, Band I, S. 569)
- Fechner, Erich: Rechtsphilosophie (Soziologie und Metaphysik des Rechts), 1956
- Fischer, Hans Albrecht: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911
- v. Frank, Reinhard: Über den Aufbau des Schuldbegriffs (Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, 1907, S. 519)
- v. Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, 18. Aufl. 1931
- Freudenthal, Berthold: Vom Werte des allgemeinen Verbrechenstatbestandes (ZStrW Bd. 48, 1928, S. 290)
- Fukuda, Taira: Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente. Eine Studie zum personalen Unrecht (ZStrW Bd. 71, 1959, S. 38)
- Gallas, Wilhelm: Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen (ZStrW Bd. 67, 1955, S. 1)

- Gerland, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht, Lehrbuch, 2. Aufl. 1932
- Haase, W.: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 4. 3. 1957 (NJW 1957, S. 1315)
- Hälschner, Hugo: Das gemeine deutsche Strafrecht, I. Band: Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren, 1881
- Hafferburg, A.: Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht (NJW 1959, S. 1398)
- Hardwig, Werner: Die Zurechnung (Ein Zentralproblem des Strafrechts), 1957
- Hartmann, Nicolai: Ethik, 3. Aufl. 1949
- Hauss: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 4. 3. 1957 (LM Nr. 2 zu § 831 BGB)
- Heimberger, Josef: Strafrecht, 1931
- Heitzer: Unrechtsbegriff und Schuldgefühl beim Fahrlässigkeitsdelikt (NJW 1951, S. 828)
- Henkel, Heinrich: Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip (Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 249)
- v. Hippel, Robert: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum (VDA, III. Band, 1908, S. 373)
- v. Hippel, Robert: Deutsches Strafrecht, II. Band: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, 1930
- Höpfner, Wilhelm: Zur Tragweite der Normenlehre (ZStrW Bd. 23, 1903, S. 643)
- Höpfner, Wilhelm: Einheit und Mehrheit der Verbrechen (Eine strafrechtliche Untersuchung), 1. Band: Einleitung - Das Wesen des Verbrechens - Verbrechenseinheit, 1901
- Hohenleitner, Siegfried: Schuld als Werturteil (Festschrift für Theodor Rittler zum 80. Geburtstag, 1957, S. 185)
- Hold v. Ferneck, Alexander: Die Rechtswidrigkeit (Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts), Band I: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1903
- Hubmann, Heinrich: Der bürgerlichrechtliche Aufopferungsanspruch (JZ 1958, S. 489)
- Husserl, Edmund: Logische Untersuchungen, 1. Band: Prolegomena zur reinen Logik, 4. Aufl. 1928
- Jagusch, Heinrich: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 8. Aufl. 1957
- Jaspers, Karl: Die geistige Situation der Zeit, 2. Aufl. 1931
- Jodl, Friedrich: Allgemeine Ethik, 1918
- Kaufmann, Armin: Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung (JZ 1955, S. 37)

- Kitzinger, Friedrich: Juristische Aphorismen, insbesondere zum allgemeinen Recht und zum Strafrecht, 1923
- Köhler, August: Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912
- Köhler, August: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917
- Kohlrausch, Eduard: Die Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung). Aschrott-v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Band I, 1910, S. 179
- Kohlrausch, Eduard: Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung (Sonderdruck aus der Festgabe für Karl Güterbock, 1910)
- Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch, Kommentar, 42. Aufl. 1959
- Lang-Hinrichsen, Dietrich: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 30. 3. 1954 (JZ 1955, S. 288)
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1960
- Lehmann, Heinrich: Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Berücksichtigung des Schweizerischen Rechts (Recht und Wirtschaft, Festschrift für J. W. Hedemann zu seinem 80. Geburtstag, 1958, S. 177)
- Lehmann, Heinrich: Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 15. Aufl. 1958
- Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 1960
- Liepmann, Moritz: Einleitung in das Strafrecht (Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe), 1900
- v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Band I, 26. Aufl. 1932
- Maihofer, Werner: Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953
- Maihofer, Werner: Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre (Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag, 1957, S. 141)
- Maihofer, Werner: Zur Systematik der Fahrlässigkeit (ZStrW Bd. 70, 1958, S. 105)
- v. Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, Studienbuch, 9. Aufl. 1959
- Maunz-Dürig: Grundgesetz, Kommentar (Loseblattausgabe), 1960
- Maurach, Reinhart: Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1958
- May, Erich: Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund (NJW 1958, S. 1262)

- Mayer, Hellmuth: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953
- Mayer, Max Ernst: Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901
- Mayer, Max Ernst: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 2. Aufl. 1923
- Merkel, Adolf: Kriminalistische Abhandlungen, I. Band, 1867
- Merkel, Adolf: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889
- Merkel, Adolf: Juristische Encyklopädie, 2. Aufl. 1900
- Merkel, Rudolf: Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, 1895
- Mezger, Edmund: Die subjektiven Unrechtselemente (GerS Bd. 89, 1924, S. 207)
- Mezger, Edmund: Strafrecht, Lehrbuch, 3. Aufl. 1949
- Mezger, Edmund: Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik (Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage), 1950
- Mezger, Edmund: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 8. Aufl. 1957
- Mezger, Edmund: Strafrecht, Studienbuch, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1955
- Mezger, Edmund: Strafrecht, Studienbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1958
- Mezger, Edmund: Strafrecht, Studienbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1960
- Müller, Max Ludwig: Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912
- Nagler, Johannes: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit (Festschrift für Karl Binding zum 70. Geburtstag, 1911, Band II, S. 273)
- Nagler, Johannes: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 6. Aufl. 1944
- Nawiasky, Hans: Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1848
- Niese, Werner: Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951
- Niese, Werner: Streik und Strafrecht, 1954
- Niese, Werner: Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht (JZ 1956, S. 457)
- Niethammer, Emil: J.v.Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 1942
- Nipperdey, Hans Carl: Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht (NJW 1957, S. 1777)
- Nipperdey, Hans Carl: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, 1. Halbband, 15. Aufl. 1959
- Nipperdey, Hans Carl: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, 2. Halbband, 15. Aufl. 1960

- Noll, Peter: Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten. Schweizerische kriminalistische Studien, Vol. 10, 1955
- Nowakowski, Friedrich: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit (ZStrW Bd. 63, 1951, S. 287)
- Nowakowski, Friedrich: Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955
- Nowakowski, Friedrich: Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit. Eine Besprechungsabhandlung (JZ 1958, S. 335 u. S. 388)
- Oehler, Dietrich: Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen (Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, 1949, S. 262)
- Oehler, Dietrich: Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959
- Oetker, Friedrich: Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1903
- Oetker, Friedrich: Notwehr und Notstand (VDA, II. Band, 1908, S. 255)
- Quade, Hans: Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens (DRiZ 1957, S. 139)
- Richter, Heinrich: Schuld im Zivilrecht (NJW 1958, S. 1171)
- Rittler, Theodor: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 1. Band, 2. Aufl. 1954
- Sauer, Wilhelm: Allgemeine Strafrechtslehre, 3. völlig neue Auflage der "Grundlagen des Strafrechts", 1955
- Sauer, Wilhelm: Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis (ZStrW Bd. 69, 1957, S. 1)
- Schaffstein, Friedrich: Zur Abkehr der strafrechtlichen Tatbestandsauslegung von der zivilrechtlichen Begriffsbildung (DRW Bd. 4, 1939, S. 241)
- Schaffstein, Friedrich: Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems (ZStrW Bd. 57, 1938, S. 295)
- Schmidhäuser, Eberhard: Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958
- Schmidt, Eberhard: Der Arzt im Strafrecht, 1939
- Schmidt, Rudolf: Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht (NJW 1958, S. 488)
- Schmidt, Rudolf: Der Rechtswidrigkeitsbegriff bei der Notwehr (NJW 1960, S. 1706)
- Schönke, Adolf: Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1955
- Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl. 1959

- Seib, Walter: Die Bedeutung der rechtlichen Bewertung eines Verhaltens durch ein Rechtsgebiet für seine rechtliche Beurteilung im allgemeinen (Giessener Dissertation), 1933
- Stoll, Hans: Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens (JZ 1958, S. 137)
- Thon, August: Rechtsnorm und subjectives Recht (Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre), 1878
- Thyrén, Johan C. W.: Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie, 1894
- v. Weber, Hellmuth: Grundriss des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1948
- v. Weber, Hellmuth: Negative Tatbestandsmerkmale (Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 183)
- Welzel, Hans: Besprechung von Rudolf Thierfelder: Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage (ZStaatsW Bd. 97, 1937, S. 381)
- Welzel, Hans: Studien zum System des Strafrechts (ZStrW Bd. 58, 1939, S. 491)
- Welzel, Hans: Um die finale Handlungslehre, 1949
- Welzel, Hans: Das Gesinnungsmoment im Recht (Festschrift für Julius v. Gierke zu seinem goldenen Doktorjubiläum, 1950, S. 290)
- Welzel, Hans: Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1. Aufl. 1951
- Welzel, Hans: Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl. 1952
- Welzel, Hans: Das neue Bild des Strafrechtssystems, 3. Aufl. 1957
- Welzel, Hans: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 1940
- Welzel, Hans: Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl. 1949
- Welzel, Hans: Das deutsche Strafrecht, 3. Aufl. 1954
- Welzel, Hans: Das deutsche Strafrecht, 5. Aufl. 1956
- Welzel, Hans: Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1958
- Wieacker, Franz: Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im bürgerlichen Recht (JZ 1957, S. 535)
- Wimmer, August: Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt (NJW 1958, S. 521)
- Wimmer, August: Kriminelle fahrlässige Verletzung und Gefährdung im Strassenverkehr (DAR 1958, S. 145)
- Wolf, Erik: Das Problem der Naturrechtslehre (Versuch einer Orientierung), 2. Aufl. 1959

- Wolff, Karl: Verbotenes Verhalten (Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Privat- und Strafrechtes wie auch zur Rechtslogik), 1923
- Wolff, Karl: Grundlehre des Sollens (Zugleich eine Theorie der Rechtserkenntnis), 1924
- Würtenberger, Thomas: Zur Rechtswidrigkeit der Kriegsverbrechen (Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 193)
- Würtenberger, Thomas: Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre von der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit (Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag, 1957, S. 125)
- Würtenberger, Thomas: Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl. 1959
- Wussow, Werner: Zur Lehre von der Sozialadäquanz (NJW 1958, S. 891)
- Zimmermann, Theo: Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung (NJW 1956, S. 1262)
- Zippelius, Reinhold: Der Aufbau der modernen Unrechtslehre, 1953
- Zippelius, Reinhold: Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht? (NJW 1957, S. 1707)
- Zippelius, Reinhold: Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg (AcP Bd. 157, 1958/59, S. 390)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS1. Abkürzung von Zeitschriften und Entscheidungssammlungen

Den Abkürzungen liegt das "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache" von Hildebert Kirchner, 1957, zugrunde.

(B = Zitat nach Bänden; J = Zitat nach Jahren; B, J = Zitat nach Bänden und Jahren)

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis (B, J)
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (B)
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (B)
DAR	= Deutsches Autorecht (J)
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung (J)
DRW	= Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht (B, J)
GA	= Goldammers Archiv für Strafrecht (J)
GerS	= Der Gerichtssaal (B, J)
HES	= Höchstgerichtliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Strafsachen (B)
JZ	= Juristenzeitung (J)
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht (J)
MschrKrimBiol.	= Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform (B, J)
MschrKrimPsych.	= Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (B, J)
NJW	= Neue juristische Wochenschrift (J)
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (B)
VersR	= Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung (J)

VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberster richterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht (J)
VRS	= Verkehrsrechtssammlung (B, J)
ZStaatsW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (B, J)
ZStrW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (B, J)

2. Abkürzung von Kommentaren, Lehrbüchern und Monographien

Beling, Grenzzlinien	= Ernst Beling, Grenzzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, 1913
Dohna, Rechtswidrigkeit	= Alexander Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905
Dohna, Verbrechenstehre	= Alexander Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenstehre, 3. Aufl. 1947
Engisch, Untersuchungen	= Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930
Engisch, Kausalität	= Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931
Engisch, Weltbild	= Karl Engisch, Vom Weltbild des Juristen, 1950
Engisch, Konkretisierung	= Karl Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953
Engisch, Einführung	= Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl. 1959
Engisch, Unrechtstatbestand	= Karl Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht (Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I, 1960, S. 401)
Frank, Strafgesetzbuch	= Reinhard v. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, 18. Aufl. 1931
R. v. Hippel, Strafrecht II	= Robert v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II. Band, 1930

- Köhler, Fahrlässigkeit = August Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912
- Köhler, Strafrecht = August Köhler, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917
- Kohlrausch, Sollen und Können = Eduard Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, 1910
- Larenz, Schuldrecht, Bes. Teil = Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1960
- v. Liszt-Schmidt, Strafrecht I = v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Band I, 26. Aufl. 1932
- Maurach, Strafrecht I = Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1958
- H. Mayer, Strafrecht = Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953
- M. E. Mayer, Schuldhaftes Handeln = Max Ernst Mayer, Die schuldhaftes Handeln und ihre Arten im Strafrecht, 1901
- M. E. Mayer, Strafrecht = Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 2. Aufl. 1923
- Mezger, Lehrbuch = Edmund Mezger, Strafrecht, Lehrbuch, 3. Aufl. 1949
- Mezger, LK = Edmund Mezger, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 8. Aufl. 1957
- Mezger, Studienbuch I = Edmund Mezger, Strafrecht, Studienbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1960
- M. L. Müller, Kausalzusammenhang = Max Ludwig Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912
- Niese, Finalität = Werner Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951
- Nipperdey, BGB = Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, 1. Halbband, 15. Aufl. 1959, und 2. Halbband, 15. Aufl. 1960
- Oehler, Zweckmoment = Dietrich Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959
- Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre = Wilhelm Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. völlig neue Auflage der "Grundlagen des Strafrechts", 1955
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch = Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl. 1959

v. Weber, Grundriss	= Hellmuth v. Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1948
Welzel, Bild	= Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 3. Aufl. 1957
Welzel, Strafrecht	= Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1958
Zippelius, Unrechtslehre	= Reinhold Zippelius, Der Aufbau der modernen Unrechtslehre, 1953

3. Bei Aufsätzen wird nur die Fundstelle zitiert

EINLEITUNG

Ausgangspunkt, Gegenstand und Ziel der Untersuchung

1. Abschnitt

Der Beschluss des Grossen Zivilsenats des BGH vom 4. 3. 1957 und seine Kritiker

I.

In der Plenarentscheidung vom 4. 3. 1957¹ hat der Grosse Zivilsenat des Bundesgerichtshofs folgende Feststellung getroffen²: Wer als Verrichtungsgehilfe im Sinne des § 831 BGB im Strassen- oder Eisenbahnverkehr einen anderen an Leben, Körper, Gesundheit oder Eigentum verletzt, handelt rechtswidrig, es sei denn, dass er sich verkehrsrichtig (ordnungsgemäss) verhalten hat³.

Dem Beschluss lag eine Anfrage des VI. Zivilsenats gemäss § 137 GVG zugrunde, die dieser wie folgt formuliert hatte: Fügt ein Verrichtungsgehilfe im Strassen- oder Eisenbahnverkehr einem anderen im Sinne von § 831 Abs. 1 BGB schon dadurch widerrechtlich Schaden zu, dass er dessen Leben, Körper, Gesundheit oder Eigentum verletzt? Oder ist zur Begründung der Widerrechtlichkeit weiter Voraussetzung, dass sich der angestellte Verkehrsteilnehmer objektiv ordnungswidrig (verkehrswidrig) verhalten hat?

In der Begründung seiner Entscheidung führt der Grosse Zivilsenat aus: Es sei mit der durch den modernen Massenverkehr bedingten Rechtsentwicklung, die sich vor allem in einem Ausbau der Gefährdungshaftung zeige, nicht mehr vereinbar, im Deliktsrecht auch die unvermeidbaren Schädigungen des Strassen- und Eisenbahnverkehrs als rechtswidrig zu betrachten und die Haftung nur infolge fehlender Schuld zu verneinen. Da die Rechtsordnung den gefährvollen Verkehr zulasse, könne sie ein Verhalten, das die zur Regelung des Verkehrs ergangenen Vorschriften voll beachtet, nicht mit dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit versehen. Der Erfolg sei hierfür nicht ausreichend; denn das Rechtswidrigkeitsurteil im Sinne der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über

¹ GSZ 1/56.

² Die Entscheidung ist veröffentlicht in BGHZ 24, 21; LM zu § 831 BGB Nr. 2; DAR 1957, S. 184; JZ 1957, S. 543; MDR 1957, S. 666; NJW 1957, S. 785; VersR 1957, S. 288; VRS 12 (1957), S. 409.

³ Auf die vom Grossen Zivilsenat des BGH weiter festgestellte Beweislastverteilung für § 831 BGB braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden.

unerlaubte Handlungen könne die zum Erfolg führende Handlung nicht unberücksichtigt lassen ⁴.

Der Grosse Zivilsenat lässt es dahingestellt, ob dieses Ergebnis ein Sonderfall der Anwendung des Rechtsgedankens der sozialen Adäquanz ist. Er geht ferner nicht darauf ein, ob das gleiche Ergebnis auch mit Hilfe der neueren Lehre der strafrechtlichen Dogmatik über das Wesen der Fahrlässigkeit gewonnen werden kann.

II.

Der Beschluss des Grossen Zivilsenats ⁵ hat in der Literatur ein lebhaftes Echo gefunden und eine erregte Diskussion ausgelöst ⁶. Dabei wurden die gegensätzlichsten Meinungen laut. Die eine Seite begrüßte den Beschluss als einen "erheblichen Fortschritt der modernen Zivilrechtsdogmatik" ⁷. Die andere Seite

⁴ BGHZ 24, 26.

⁵ Inzwischen sind einige weitere Entscheidungen in diesem Sinne ergangen. Vgl. etwa die Urteile des BGH vom 14.5.1957 (VI ZR 132/56) = VersR 1957, S.519 (S.520 r.Sp.), vom 12.7.1957 (VI ZR 124/55) = VersR 1957, S.656 (r.Sp. oben) und vom 24.2.1958 (III ZR 184/56) = VRS 14 (1958), S.334 (S.338) = VerwRspr. 1958, S.699 (S.704) sowie das Urteil des OLG Frankfurt a.M. vom 1.4.1958 (1 U 24/57) = VersR 1958, S.709 (S.710 r.Sp.).

⁶ Baumann, MDR 1957, S.646; Bettermann, NJW 1957, S.986; Bindokat, JZ 1958, S.553; Bode, DAR 1957, S.173; Böhmer, MDR 1958, S.745; ders., MDR 1960, S.638; Boennecke, NJW 1960, S.1188; Dunz, NJW 1960, S.507; Haase, NJW 1957, S.1315; Hafferburg, NJW 1959, S.1398; Hauss, LM Nr. 2 zu § 831 BGB; Hubmann, JZ 1958, S.492; Larenz, Schuldrecht, Bes.Teil 4. Aufl. 1960, S.360 ff.; Lehmann, Hedemann-Festschrift 1958, S.188 f.; ders., Allg.Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 1960, S.327 f.; May, NJW 1958, S.1262; Nipperdey, NJW 1957, S.1777; ders. in Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil des Bürgerlichen Rechts II, 15. Aufl. 1960, S.1277 ff., insbes. S.1282, Anm. 19; Quade, DRiZ 1957, S.139; Richter, NJW 1958, S.1171; Schmidt, NJW 1958, S.488; Stoll, JZ 1958, S.137; Welzel, Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S.VI f.; Wieacker, JZ 1957, S.535; Wussow, NJW 1958, S.891; Zippelius, NJW 1957, S.1707; ders., AcP 157 (1958/59), S.390

⁷ Nipperdey, NJW 1957, S.1777.

betonte, es sei auch weiterhin festzuhalten "an der - vom BGH für unmodern gehaltenen - guten alten Auffassung, die im Deliktsrecht auch die unvermeidbaren Schädigungen des Strassen- und Eisenbahnverkehrs als rechtswidrige Körper- oder Eigentumsverletzungen ansieht und nur unter dem Gesichtspunkt fehlender Schuld die Schadenshaftung verneint" ⁸. Der BGH habe durch seinen "doch wohl übereilten Beschluss" die Rechtsprechung in eine "Sackgasse" geführt ⁹.

2. Abschnitt

Die Bedeutung des vom Grossen Zivilsenat entschiedenen Problems

Die vom Grossen Zivilsenat entschiedene Frage ist nicht nur von theoretischer, sondern auch von erheblicher praktischer Bedeutung. Selbst die Höchstsätze des Strassenverkehrsgesetzes für Schadensersatzansprüche bei Kraftfahrzeughaftpflichtprozessen reichen oft nicht aus, um den entstandenen Schaden zu decken ¹⁰. Daher wird der Anspruch vielfach auch auf die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die unerlaubten Handlungen gestützt, die keine Haftungsbegrenzung der Höhe nach kennen. Zwar verlangt § 823 BGB nicht nur eine widerrechtliche, sondern auch eine schuldhafte Verletzung. Jedoch begnügt sich das Gesetz bei der Haftung des Geschäftsherrn für seinen Verrichtungsgehilfen gemäss § 831 BGB mit der widerrechtlichen Schadenszufügung durch den Gehilfen. Wird hier in einem Falle, wie er dem Grossen Zivilsenat zur Entscheidung vorgelegen hat, mit der bisherigen Rechtsprechung die Rechtswidrigkeit bejaht, so kann sich daraus in concreto eine bedeutende Haftungserweiterung der Höhe nach gegenüber dem Strassenverkehrsgesetz ergeben ¹¹.

Das vom Grossen Zivilsenat für den Strassen- und Eisenbahnverkehr entschiedene Problem spielt jedoch auch auf anderen Gebieten eine erhebliche Rolle. Hier sind zunächst die übrigen Bereiche des Verkehrs, wie der Schiffs- und vor allem der Luftverkehr, zu nennen. Sodann ist auf die in Betrieben jeglicher Art, insbesondere in Bergwerken, chemischen Betrieben, in jüngster Zeit vor allem auch in Atomlaboratorien und Atommeilern eintretenden Körper- und Eigentumsverletzungen hinzuweisen. Schliesslich darf auch der ärztliche Eingriff, der oft

⁸ Bettermann, NJW 1957, S. 987.

⁹ Dunz, NJW 1960, S. 510.

¹⁰ Vgl. § 12 StVG.

¹¹ Auf eine Erörterung weiterer zivilrechtlicher Folgen muss verzichtet werden, da diese Fragen für das Strafrecht, das allein uns im Rahmen dieser Abhandlung beschäftigen wird, nicht interessieren.

genug für das Leben oder die Gesundheit des Patienten mit erheblichen Gefahren verbunden ist, nicht übersehen werden. Bei all diesen mehr oder minder gefährlichen Betrieben und Tätigkeiten erhebt sich die Frage nach der Rechtswidrigkeit einer trotz sog. verkehrsrichtigen Verhaltens eintretenden Verletzung von Rechtsgütern.

Doch nicht nur für das Zivilrecht, auch für das Strafrecht¹² sowie für alle übrigen Rechtsgebiete ist diese Frage von Bedeutung. Für das Strafrecht lautet das Problem, ob bei einem sog. verkehrsrichtigen Verhalten, das eine Verletzung rechtlich geschützter Interessen verursacht, nur die Schuld oder schon die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist. So wünscht Baumann¹³ eine Auswirkung der Plenarentscheidung auch auf das Gebiet des Strafrechts, und Welzel¹⁴ feiert den Beschluss des Grossen Zivilsenats sogar als einen Sieg der finalen Handlungslehre.

3. Abschnitt

Gegenstand und Ziel der Untersuchung

I.

Die folgende Untersuchung hat sich zum Ziel gesetzt zu ermitteln, welche Bedeutung einem sog. verkehrsrichtigen Verhalten, das eine Rechtsgutsverletzung verursacht, im System des Verbrechensaufbaus zukommt. Sie beschäftigt sich also nur mit der strafrechtlichen Seite des Problems und hat es hier vor allem mit den fahrlässigen Delikten zu tun. Sie setzt ein sog. verkehrsrichtiges Verhalten voraus und umschreibt daher zwar, wann ein solches Verhalten vorliegt, ohne jedoch die Merkmale hierfür in allen Einzelheiten darzulegen. Sie geht schliesslich davon aus, dass das Verhalten des Täters im Sinne der Bedingungstheorie für die Verletzung eines Rechtsgutes kausal geworden ist; denn nur dann taucht die Problematik, wie zu zeigen sein wird, überhaupt erst auf.

II.

Das Problem als solches ist keineswegs neu, obgleich es, bedingt vor allem durch die moderne Verkehrsentwicklung, erst in neuester Zeit in voller Schärfe in Erscheinung getreten ist¹⁵. Die lex scripta, das Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 mit seinen zahlreichen Änderungsgesetzen, gibt keine ausdrück-

¹² Vgl. Haase, NJW 1957, S. 1315.

¹³ MDR 1957, S. 648.

¹⁴ Strafrecht, S. VII.

¹⁵ Vgl. dazu Württemberg, Mezger-Festschrift 1954, S. 194: "Jede Epoche kennt, wie die strafrechtsgeschichtliche Betrachtung lehrt, aus der Zeitsituation geborene spezifische Probleme der Rechtswidrigkeit, mit denen sich Wissenschaft und Praxis jeweils auseinandersetzen müssen".

liche Lösung für dieses "grandiose Gebiet des Rechtslebens" ¹⁶. Dies hat Binding veranlasst, hier von einer "ungeheuren Rechtslücke innerhalb der formulierten Satzung" zu sprechen ¹⁷, und Nagler meint pessimistisch, die logische Geschlossenheit der Rechtsordnung sei "leider nur eine einschmeichelnde Mär" ¹⁸.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung ¹⁹ bei einem sog. verkehrsrichtigen Verhalten mit Verletzungserfolg die Schuld verneint. Der Bundesgerichtshof hat an dieser Auffassung grundsätzlich festgehalten ²⁰. Die übrigen Gerichte haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen ²¹.

In der Wissenschaft jedoch ist das Problem heftig umstritten. Es wird mit Recht zu den grossen Sachaufgaben der modernen Strafrechtswissenschaft gezählt und als ein Problem bezeichnet, das "sowohl zu den letzten geistigen Fundamenten der Strafrechtsordnung führt, als auch die heutige Aktualität allen Fragens nach dem Wesen des Unrechts offenbart" ²². Welche Lösungsversuche hier bisher unternommen wurden und wie dieses Problem tatsächlich nur gelöst werden kann, wo also - mit anderen Worten - im "Vielfarbendruck" des Verbrechens ²³ das sog. verkehrsrichtige Verhalten, das eine Verletzung von Rechtsgütern verursacht, seinen Standort hat, wird die folgende Untersuchung zu zeigen sich bemühen. Sie darf dabei von der Hoffnung ausgehen: "Eine Situation erblicken ist der Beginn, ihrer Herr zu werden" ²⁴.

¹⁶ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 4. Band (1919), S. 436.

¹⁷ A. a. O.

¹⁸ Binding-Festschrift 1911, Band II, S. 377.

¹⁹ So etwa RGSt 30, 25 (27 f.); 36, 78 (80); 56, 343 (349); 57, 172 (173 f.); 58, 130 (134); 67, 12 (18 ff.).

²⁰ So etwa BGHSt 3, 62 (63 f.); 7, 112 (114); BGHSt VRS 5 (1953), S. 284 (S. 286 f.); BGH 4 StR 169/57; a. A. BGHSt VRS 14 (1958), S. 30 (S. 31).

²¹ So etwa BayObLG VRS 6 (1954), S. 41; BayObLG VRS 13 (1957), S. 285; OLG Hamm in HSt 2, 283; a. A. OLG Köln in NJW 1956, S. 1848.

²² Württenberger, die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft 2. Aufl. 1959, S. 47, Vgl. auch Englisch, Unrechtsstatbestand, S. 402.

²³ Englisch, zitiert nach Maurach, Strafrecht I, S. 118.

²⁴ Jaspers, Die geistige Situation der Zeit, 2. Aufl. 1931, S. 19.

ERSTER HAUPTTEIL

Die Bedeutung des sog. verkehrsrichtigen Verhaltens in den verschiedenen Strafrechtssystemen

Vorbemerkung

Im folgenden soll aufgezeigt werden, welche Bedeutung für den Verbrechensaufbau die verschiedenen Strafrechtssysteme einem "verkehrsrichtigen" Verhalten, das eine Rechtsgutsverletzung verursacht, beimessen. Die Auswahl der angeführten Lehren ist einerseits an ihrer Wirkung auf Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, andererseits an ihrer Originalität orientiert. Auf eine auch nur annähernd erschöpfende Darstellung ist im Interesse der Klarheit und Übersichtlichkeit bewusst verzichtet. Auch erfolgt an dieser Stelle der Untersuchung eine Kritik nur insoweit, als die einzelnen Systeme in sich selbst widerspruchsvoll sind.

Der Zweck dieses Hauptteils besteht darin, die wichtigsten der bisher gefundenen Lösungen kurz darzulegen, damit in die Problematik der Untersuchung einzuführen und zugleich die Basis für die eigene Auffassung sowie für eine kritische Betrachtung der davon abweichenden Lehren zu schaffen,

1. Abschnitt

Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Tatbestandsproblem

Vorbemerkung

Einige Schriftsteller versuchten, bei sog. sozialadäquaten Rechtsgutsverletzungen, d.h. solchen, die trotz Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eingetreten sind, schon die Tatbestandsmässigkeit auszuschliessen. Der bedeutendste Vertreter dieser Auffassung war Welzel. Er hat seine Lehre in den "Studien zum System des Strafrechts" ¹ eingehend begründet und in sein Lehrbuch ² übernommen. Heute jedoch hat Welzel diese Auffassung aufgegeben ³. Auch Niese ⁴ hat ursprünglich die Tatbestandsmässigkeit bei sozialadäquatem Verhalten verneint. Jedoch auch er vertritt diese Auffassung jetzt nicht mehr ⁵. Ohne eigene Begründung hat Niethammer ⁶ Wetzels Lehre übernommen.

I. Die Lehre Wetzels

1. Welzel geht davon aus, dass jede Handlung auch bei Anwendung grösster Sorgfalt für einen unerwünschten Erfolg kausal werden kann ⁷. Eine Rechtstheorie, die alle diese Handlungen verbieten wollte, übersähe aber nach Welzel "die Dynamik des Lebens" ⁸; denn bei einem Verbot dieser Handlungen müsste "jedes soziale Leben augenblicklich stillestehen". Es läge dann jene "Museumswelt" vor, "die nur der Beschauung gewidmet wäre" ⁹. Das Recht gewähre vielmehr seinen Schutz nur im Hinblick auf ganz bestimmt geartete Rechtsgüterverletzungen. Es verbiete nur "die für ein sittlich-geordnetes Gemeinschaftsdasein Unverträglichen" ¹⁰.

2. Diese Überlegungen führten Welzel zu der Folgerung, dass alle Betätigungen, "die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen"

¹ ZStrW 58 (1939), S. 491, insbes. S. 516 f., 527 ff. für die vorsätzlichen und S. 557 f. für die fahrlässigen Delikte.

² Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl. 1949, S. 36 ff. für die vorsätzlichen und S. 85 ff. für die fahrlässigen Delikte.

³ Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 74, 112 ff.

⁴ Finalität, S. 59 ff. (für die fahrlässigen Delikte).

⁵ Streik und Strafrecht (1954) S. 30 f.; JZ 1956, S. 460.

⁶ J. v. Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 1942, Vorbem. 4 vor § 51.

⁷ ZStrW 58 (1939), S. 558.

⁸ A. a. O.

⁹ A. a. O., S. 516 für die vorsätzlichen, S. 557 für die fahrlässigen Delikte.

¹⁰ A. a. O., S. 516.

schen Ordnungen des Gemeinschaftslebens" bewegen, niemals Deliktstatbeständen unterfallen, "auch wenn man sie dem Wortlaut nach einem Tatbestand subsumieren könnte" ¹¹. Welzel nennt solche Handlungen sozialadäquat. Der Gedanke der Sozialadäquanz hat nach Welzel seinen gesetzlichen Niederschlag in § 276 BGB in dem Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gefunden ¹². Wer diese Sorgfalt beachte, handle sozialadäquat und damit nicht tatbestandsmässig ¹³. Erst wenn die soziale Adäquanz überschritten wird, spricht Welzel von einer tatbestandsmässigen Handlung.

Die Funktion der sozialen Adäquanz besteht also bei Welzel darin, aus dem formalen Wortlaut der Tatbestände alle Lebensvorgänge auszuschneiden, die "sachlich überhaupt nicht unter sie gehören" ¹⁴. Nur so sei der Tatbestand Vertypung strafrechtlichen Unrechts. Erst dann tauche die Frage nach der Rechtswidrigkeit mit dem "Spiel von Regel und Ausnahme" auf ¹⁵.

Ein Sonderfall der sozialen Adäquanz ist nach Welzel das erlaubte Risiko. Es unterscheidet sich von den übrigen sozialadäquaten Handlungen nur durch den Grad der Rechtsgutsgefährdung ¹⁶.

3. Sozialadäquat können nach Welzel nicht nur atypische, sondern auch typische Rechtsgutsverletzungen sein. Welzel bringt hierzu als Beispiel ¹⁷, dass eine Frau den ihr lästigen Ehemann veranlasst, Arbeit in einem gefährlichen Steinbruch anzunehmen, in der Absicht, er möge dabei ums Leben kommen. Trete der erwünschte Erfolg tatsächlich ein, so sei zwar die adäquate Kausalität zu bejahen, trotzdem aber der Tatbestand der Tötung auf Grund der Sozialadäquanz des ordnungsgemässen Betriebs eines Steinbruchs nicht gegeben. Welzel unterscheidet damit scharf zwischen sozialer Adäquanz und adäquater Kausalität.

4. Nach Welzels früherer Lehre ist für die Fahrlässigkeitsdelikte die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld "gegenstandslos und sachlich unmöglich" ¹⁸. Nur ein schuldfähiger Täter könne diese Tatbestände verwirklichen; denn der Begriff der Sorgfalt, deren Verletzung diese Delikte kennzeichnet, setzt nach Welzel die "sinnvolle Einsicht in die Handlungspflichten und die Fähigkeit, sich nach ihnen zu richten, voraus, d.h. also Schuld" ¹⁹.

¹¹ Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl. 1949, S. 36; ebenso schon ZStrW 58 (1939), S. 558.

¹² Strafrecht, 2. Aufl. 1949, S. 86.

¹³ A.a.O., S. 36. Damit liegt dann auch keine Rechtswidrigkeit des Handelns vor, wie Welzel, aaO., S. 86, ausführt.

¹⁴ A.a.O., S. 38.

¹⁵ ZStrW 58 (1939), S. 527 f.

¹⁶ A.a.O., S. 518.

¹⁷ Strafrecht, 2. Aufl. 1949, S. 37.

¹⁸ A.a.O., S. 85; Um die finale Handlungslehre (1949), S. 22; ZStrW 58 (1939), S. 562 f.

¹⁹ Strafrecht, 2. Aufl. 1949, S. 85.

II. Die Lehre Nieses

1. Niese geht von dem Beispiel aus ²⁰, dass 3 m vor dem Wagen eines auf einer unbelebten, übersichtlichen Strasse mit vorschriftsmässiger Geschwindigkeit auf der rechten Seite fahrenden Kraftfahrers plötzlich ein Fussgänger, der in einem Schwächeanfall hinter einem Baum lehnte und daher von dem Fahrer nicht gesehen werden konnte, auf die Fahrbahn taumelt und überfahren wird. Stirbt er infolge seiner Verletzungen, so habe der Fahrer seinen Tod zwar verursacht. Trotzdem aber liegt nach Niese nicht der Tatbestand der Tötung vor; denn der Kraftfahrer sei vorschriftsmässig gefahren, die Rechtsgutsverletzung unvermeidbar gewesen. Würde man das Verhalten als "tatbestandsmässig-rechtswidrig" betrachten, so könnte man diesem Unwerturteil bei unvermeidbaren Unfällen nur dadurch entgehen, dass man am Kraftfahrverkehr überhaupt nicht teilnehme. Dies aber wiederum verlange die Rechtsordnung nicht. Sie billige vielmehr die latente Gefahr des Strassenverkehrs.

2. Niese folgert daraus, dass auch bei den Fahrlässigkeitsdelikten nicht der Erfolg, der schliesslich eingetretene Zustand, sondern das "So-Handeln", das "Verursachen durch finales Verhalten" Gegenstand der Unrechts- und Schuldbeurteilung ist ²¹. Daher sei nicht jede Verursachung eines tatbestandsmässigen bzw. missbilligten Erfolgs auch eine tatbestandsmässige bzw. missbilligte Erfolgsverursachung ²². Nach Niese ist also die Rechtsgutsverletzung als Ergebnis einer Handlung tatbestandsmässig und rechtswidrig. Nicht aber ist dies stets auch das Verhalten, das zu diesem Ergebnis führt. Das Verhalten aber sei für die strafrechtliche Bewertung entscheidend.

Niese nennt solche trotz Beachtung der gebotenen Sorgfalt unvermeidbaren Schädigungen sozialadäquat und "darum weder tatbestandsmässig noch rechtswidrig" ²³. Sozialinadäquat dagegen sind alle bei Ausübung der Sorgfaltspflicht vermeidbaren Erfolgsverursachungen. Dieser Grundsatz gilt nach Niese allgemein ²⁴.

²⁰ Finalität, S. 59.

²¹ A.a.O., S. 60.

²² A.a.O., S. 59.

²³ A.a.O., S. 60.

²⁴ A.a.O., S. 61.

2. Abschnitt

Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Kausalitätsproblem

(Die Lehre Naglers)

Bei einem Verkehrsunfall hat nach Nagler derjenige Fahrer, der die Verkehrsvorschriften beachtet, den Erfolg nicht nur nicht rechtswidrig, sondern überhaupt nicht verursacht ²⁵. Nagler verneint hier den Kausalzusammenhang zwischen dem verkehrsrichtigen Verhalten und dem eingetretenen Erfolg. Diese Auffassung folgt aus der von Nagler vertretenen individualisierenden Kausallehre. Danach ist für den Juristen Ursache nur die im sozialen Zusammenhang für das Zustandekommen des Erfolgs ausschlaggebende Bedingung ²⁶. Die Bedingungstheorie lehnt Nagler als für das Strafrecht praktisch unerträglich ab.

Ist das verkehrswidrige Verhalten des einen Fahrers dem anderen, sich verkehrsrichtig verhaltenden Fahrers jedoch erkennbar, benutzt dieser aber trotzdem die Fahrbahn verkehrsrichtig weiter und ereignet sich daher der sonst vermiedene Zusammenstoß, so ist nach Nagler das Verhalten beider Fahrer "gleich bedeutsam" ²⁷. Nach Nagler wird also bei bewusster Fahrlässigkeit und ebenso bei Vorsatz das sonst nicht kausale Verhalten zu einem kausalen. Damit entscheidet ein subjektives Moment über die Kausalität.

Nagler führt aber seine Lehre nicht folgerichtig durch. Er scheitert an der Abgrenzung von Kausalität und Rechtswidrigkeit. Zwar ist nach Nagler, wenn mehrere bei einem riskanten Unternehmen, etwa einer gefährlichen Bergtour, zusammenwirken und der eine dabei verunglückt, der andere nur bei einem atypischen Eingriff, etwa einem sachwidrigen Abseilen, kausal für diese Körperverletzung oder Tötung ²⁸. Im gleichen Satz aber verweist Nagler auf Exner ²⁹ und erklärt, dieser wolle "auf ein erlaubtes Risiko hinaus", entscheide sich also "offenbar ebenso". Nagler erkennt hier, dass Exner die Rechtswidrigkeit ausschliesst, nicht aber die Kausalität, sich also gerade anders entscheidet.

²⁵ Leipziger Kommentar, 6. Aufl. 1944, S.55. Die Verursachungslehre Naglers wurde zwar auch in die 7. und 8. Auflage des LK als Anhang 1 vor § 1 übernommen, jedoch mit einigen, wenn auch geringfügigen Ergänzungen durch Mezger. Daher wird im folgenden stets die 6. Auflage, die noch von Nagler selbst verfasst wurde, zitiert.

²⁶ A. a. O., S. 54.

²⁷ A. a. O., S. 55.

²⁸ A. a. O., Vorbem. III A 2 c vor § 51.

²⁹ Frank-Festgabe 1930, Band I, S. 589 ff.

Nicht klar sind ferner die Ausführungen Naglers, auch ein riskantes Verhalten sei oft "geboten und lebensgemäss". Man rechne mit einem solchen Risiko im Sozialleben als einer Selbstverständlichkeit, weshalb es auch normal oder, "wie der Laie es nennt", erlaubt sei ³⁰.

Schliesslich erklärt Nagler, dass bei Betrieben die etwa eintretenden Verletzungen "nicht als widerrechtlich angesehen", sondern von der Rechtsordnung "einfach als unvermeidlich mit in Kauf genommen" werden. "Die Rechtsordnung muss den ganzen Betrieb mit allen seinen Wirkungen billigen, will sie sich nicht dem technischen Fortschritt versagen" ³¹.

3. Abschnitt

Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Rechtswidrigkeitsproblem

Vorbemerkung

Die Lehre, dass bei einem "verkehrsrichtigen" Verhalten, das die Verletzung eines Rechtsguts verursacht, keine Rechtswidrigkeit vorliegt, ist nicht erst in neuester Zeit entwickelt worden. Auch bestand sie schon lange vor Begründung der finalen Handlungslehre ³² und wird noch heute unabhängig von ihr vertreten. Wenn wir im folgenden dennoch in finalistische und nichtfinalistische Systeme unterteilen, so geschieht dies nur um der Systematik willen. Als Finalist wird dabei nur bezeichnet, wer den Vorsatz als Element des Unrechtstatbestands betrachtet ³³.

³⁰ LK, S. 54.

³¹ Binding-Festschrift 1911, Band II, S. 322.

³² Vgl. dazu Nowakowski, JZ 1958, S. 390.

³³ Auch Mezger, LK, 8. Aufl. 1957, S. 6 u. Rittler-Festschrift 1957, S. 120, bezeichnet seinen Handlungsbegriff als "final-kausal". Ebenso nennt Engisch, Kohlrausch-Festschrift 1944, S. 165, den von ihm entwickelten Handlungsbegriff einen, "wenn man so will", finalen. Sowohl Mezger als auch Engisch sehen jedoch im Vorsatz gerade nicht ein Element des Unrechtstatbestands. Es wäre daher besser, von objektiv-finalen und subjektiv-finalen Systemen zu sprechen, ein Ausdruck, der sich jedoch nicht durchgesetzt hat.

1. Unterabschnitt

Nichtfinalistische Systeme

I. Die Lehre Exners

Exner geht davon aus, dass die Gefahr der Verletzung im Zusammenleben der Menschen stets gegeben war und im Laufe der Entwicklung immer grösser wurde. Die Staatsgewalt werde diese Gefährdungen zwar beschränken, nie aber völlig ausschalten können und wollen ³⁴. Nur wer die gebotene Vorsicht nicht beachte, handle daher rechtswidrig; erst dann trete die Frage der Schuld auf ³⁵.

Trotz dieser Erkenntnis aber vermengt Exner an anderen Stellen wieder das Problem der Rechtswidrigkeit mit dem der Schuld, wie er überhaupt den Standort des "verkehrsrichtigen" Verhaltens noch nicht klar herausarbeitet. So behauptet er, wer tue, was der Verkehr erfordere, sei schon deshalb von jeder "Verantwortung" frei. Es handle sich um das Problem der Rechtswidrigkeit, mit dem der Schuld in diesem Punkte "untrennbar verknüpft" ³⁶. Habe der Fabrikherr alle zur Vermeidung von Unfällen nötigen Vorkehrungen getroffen und ereigne sich dennoch ein Unfall, so sei er "nicht dafür verantwortlich", er sei "straflos" ³⁷.

II. Die Lehre M.L.Müllers

1. M.L.Müller geht von dem Beispiel aus, dass X mit einer Schusswaffe auf das Herz des A zielt, dieser getroffen wird und stirbt ³⁸. Bei der Frage, was das Tötungsverbot an diesem Geschehen verbiete, kommt Müller zu dem Ergebnis, dass dies nur das Verhalten des X sein könne, das zu der Bewegung des Drückers der Schusswaffe führte. Der weitere sich an dieses Verhalten anschliessende Kausalverlauf, der schliesslich zum Tode des A führt, möge zwar rechtlich erheblich sein, sei aber rechtlich nicht verboten. Das Tötungsverbot verbiete nicht das tatsächliche Verursachen des Todeserfolgs, sondern nur ein Verhalten mit einer bestimmten Beziehung zu diesem Erfolg ³⁹.

³⁴ Das Wesen der Fahrlässigkeit (1910), S. 195.

³⁵ A.a.O., S. 196.

³⁶ A.a.O., S. 193.

³⁷ A.a.O., S. 194.

³⁸ Kausalzusammenhang, S. 22.

³⁹ A.a.O.

Diese Beziehung liege nur bei einem solchen menschlichen Verhalten vor, "welches den ihm in einer Rechtsnorm gesetzten Zweck (eine Tatsache gewisser Art zu verursachen oder nicht zu verursachen) vom Standpunkt objektiver Prognose in beachtlicher Weise gefährdet" ⁴⁰.

2. Das Verhalten ist nach M.L.Müller schon zu einem Zeitpunkt verboten, in welchem "seine eigene Verwirklichung und seine wirklichen Folgen noch in Frage stehen" ⁴¹. Für die Erkenntnis des verbotenen Verhaltens sei nur die gleichzeitige Situation und die daraus zu erwartende Kausalität massgebend ⁴². Ein nicht verbotenes Verhalten könne durch keine nachfolgenden Umstände - also auch nicht durch den Erfolg - zu einem verbotswidrigen werden ⁴³; denn für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit ⁴⁴ sei allein der Standpunkt der Prognose richtig ⁴⁵. Dieser Grundsatz beanspruche allgemeine Geltung.

III. Die Lehre Belings

1. Beling geht davon aus, dass aus der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Ergebnisses einer Handlung noch nicht auf die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der diesem Ergebnis zugrundeliegenden Handlung geschlossen werden kann ⁴⁶. So könne eine Handlung dem Recht gemäss sein, während ihr Ergebnis von der Rechtsordnung missbilligt werde und umgekehrt. Dieser Gedanke führt Beling zu einer Untersuchung der verschiedenen Handlungen auf ihre Rechtmässigkeit bzw. Rechtswidrigkeit.

⁴⁰ A.a.O., S.42.

⁴¹ A.a.O., S.23.

⁴² A.a.O.

⁴³ A.a.O., S.24.

⁴⁴ M.L.Müller, a.a.O., S.21, gebraucht den Ausdruck "Rechtsnormwidrigkeit" an Stelle des sonst üblichen Begriffs "Rechtswidrigkeit". Er will damit die Gefahr vermeiden, mit dem Terminus der Rechtswidrigkeit den Sinn "wider subjektives Recht" zu verbinden, und zum Ausdruck bringen, dass darunter nur der Sinn "wider objektives Recht" zu verstehen ist.

⁴⁵ A.a.O., S.24.

⁴⁶ Grenzlinien, S. 26 f.; Die Lehre vom Verbrechen (1906), S. 172 ff.

a) So unterscheidet Beling in seiner "Lehre vom Verbrechen" ⁴⁷ zwischen Handlungen, die "in Pausch und Bogen", "quand même" freigegeben sind, also auch in ihrer Eigenschaft als Ursache eines Verletzungserfolgs, und Handlungen, die nur unter Ausschluss dieser Eigenschaft erlaubt sind. Bei ersteren sei nur der Erfolg "per se" rechtswidrig, nicht aber die ihn herbeiführende Handlung; ein solcher Erfolg könne niemals strafrechtlich zur Verbrechenskonstruktion verwertet werden, da hierfür allein die Rechtswidrigkeit des Handelns in Betracht komme. Bei letzteren könne die Handlung in ihrer Eigenschaft als Ursache des missbilligten Erfolgs bestraft werden; denn hier decke sich die Rechtswidrigkeit der Folge mit der Rechtswidrigkeit der sie erzeugenden Handlung.

b) Diese Lehre gibt Beling in seinen "Grenzlinien" ausdrücklich auf. Er erklärt dort ⁴⁸, dass eine Handlung, die rechtlich "freigegeben" ist, stets nur "quand même" freigegeben sein kann, also nicht unter Ausschluss ihrer Eigenschaft als Ursache einer oder der anderen Folge.

Diese Auffassung ergibt sich daraus, dass Beling eine bedingt rechtswidrige Handlung ablehnt; denn der Handelnde könne von der Rechtsordnung verlangen, ihm im Augenblick des Handelns zu sagen, ob dieses erlaubt ist oder nicht. Die Rechtsordnung könne den Fragenden nicht "mit einem Achselzucken" davon-schicken, da sie ihm damit ein Handeln auf eigene Gefahr zuschieben würde. Es sei aber "allereigentlichste Aufgabe des Rechts", dem Handelnden "Richtschnuren" zu geben. Die Rechtmässigkeit bzw. Rechtswidrigkeit einer Handlung stehe danach ex ante, unabhängig von ihrem Ergebnis, fest.

Nach dieser revidierten Auffassung Belings lässt sich das Problem der "anscheinend beschränkten Freigabe" eines Steinbruchs dadurch lösen, dass "allerdings der Betrieb eines Steinbruchs freigegeben", also unbeschränkt freigegeben ist, aber "möglicherweise die eine oder andere dabei unterlaufende Handlung es wegen ihrer Geeignetheit zur Verursachung von Tötungen nicht ist" ⁴⁹. Der Unterschied zu Belings früherer Lehre liegt darin, dass er nunmehr die Möglichkeit der Existenz von (identischen) Handlungen, die "eventuell rechtswidrig und eventuell nicht rechtswidrig" sind, verneint, dass es sich vielmehr um verschiedene Handlungen dreht, von denen die einen "quand même" freigegeben, die anderen verboten sind.

⁴⁷ S. 176 ff.

⁴⁸ S. 36 f.

⁴⁹ A.a.O., S. 37.

Verursacht eine rechtlich "freigegebene" Handlung einen missbilligten Erfolg, so wird sie dadurch nicht rechtswidrig, obwohl ihr Ergebnis rechtswidrig ist. Die Rechtsordnung könne nicht jede möglicherweise den unerwünschten Erfolg herbeiführende Handlung verbieten, da ein solches Verbot "den Tod des menschlichen Handelns überhaupt" zur Folge hätte ⁵⁰.

c) Ein mit der Gefahr eines Verletzungserfolgs verbundenes Handeln ist nach Beling dann nicht rechtswidrig, wenn die Rechtsordnung es trotz dieses Risikos "freigegeben" und der Handelnde die Rechtsvorschriften beachtet hat, welche die Rechtsordnung als "bedingend für die Erlaubnis" aufgestellt hat ⁵¹. Als Beispiel führt Beling hier auch den Eisenbahnbetrieb an.

2. Da die Rechtsordnung nach Beling oft das Handeln trotz "mitvorhandener schlimmer Chancen" freigibt und umgekehrt, "verweht sich ... das Kausalitätsproblem mit dem Rechtswidrigkeitsproblem" ⁵². Beling setzt aber die Begriffe Rechtswidrigkeit und Rechtmässigkeit einerseits und adäquate und inadäquate Verursachung andererseits nicht gleich ⁵³. Vielmehr kann nach Beling auch eine inadäquate Ursachsetzung rechtswidrig sein. Andererseits gebe es Handlungen, die "voll zulässig" seien, obwohl sie nach dem allgemeinen Erfahrungswissen einen generell begünstigenden Umstand für einen üblen Erfolg darstellen. Auch in den "Grundzügen des Strafrechts" ⁵⁴ erklärt Beling, die Adäquanz sei ausserhalb der Verursachungsfrage von Bedeutung.

IV. Die Lehre Engischs

1. Nach Engisch ist die Norm, Tötungen zu vermeiden, identisch mit der Norm, Sorgfalt zur Vermeidung von Tötungen anzuwenden. Diese Norm aber findet dort ihre Grenze, wo die Verpflichtung, eine bestimmte, an sich mögliche Sorgfalt zu beachten, um dadurch eine drohende Tötung zu vermeiden, nicht besteht ⁵⁵. So verstossen zahlreiche Handlungen, die "Tatbestandsver-

⁵⁰ A.a.O.

⁵¹ Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930, S. 17; siehe auch Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung (1922), S. 95.

⁵² Grenzlinien, S. 37 f. Beling meint, wie aus seinen folgenden Ausführungen hervorgeht, nicht das Kausalitätsproblem als solches, sondern nur das Problem der adäquaten Kausalität.

⁵³ A.a.O., S. 38.

⁵⁴ S. 36.

⁵⁵ Untersuchungen S. 336 f. Vgl. neuestens Unrechtstatbestand, S. 422.

wirklichkeiten nicht unerheblich begünstigen", nicht gegen Sorgfaltspflichten⁵⁶. Sie sind ausnahmsweise erlaubt, wenn sie einem besonderen von der Rechtsordnung gebilligten Zweck dienen und das Verhalten, das die Gefährdung einschliesst, zur Zweckerreichung notwendig ist⁵⁷. So ist man etwa nicht verpflichtet, im Interesse der Nichtverletzung eines Rechtsguts den modernen Strassenverkehr zu unterlassen.

Ist so ein bestimmtes Risiko erlaubt und wird weiter die erforderliche Sorgfalt beachtet, dann fallen typische, der Erfahrung nach adäquate Rechtsgutsverletzungen, die durch dieses Verhalten verursacht werden, "nicht unter den Tatbestand des Unrechtstypus"⁵⁸. Sie sind nicht Unrecht, sondern nur "Schicksal"⁵⁹. Der Unrechtstatbestand ist hier a priori ausgeschlossen. Nicht aber bildet das erlaubte Risiko nur einen sog. Unrechtsausschlussgrund, ein "negatives Tatbestandsmerkmal"⁶⁰. Der Erfolg ist damit für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit unwesentlich, "obwohl er so gerne das Rechtsgefühl beeinflusst und, wie man wohl sagen darf, irritiert"⁶¹. Nur wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet, handelt "der Typik des Verkehrs zuwider"⁶². Der Mangel dieser objektiv erforderlichen Sorgfalt gehört aber nicht erst zur Schuld, sondern schon in den Unrechtsbereich⁶³. Der Vorwurf der Fahrlässigkeit ist mit der Ausserachtlassung der erforderlichen Sorgfalt noch nicht begründet⁶⁴.

2. Für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit ist nach Engisch der Standpunkt ex ante bestimmend⁶⁵. Die Rechtsordnung kann die Vermeidung des Erfolgs nur nach Massgabe derjenigen tatsächlichen Situation verlangen, die im Zeitpunkt

⁵⁶ Untersuchungen S. 286

⁵⁷ A. a. O., S. 287.

⁵⁸ Kohlrausch-Festschrift 1944, S. 169.

⁵⁹ Unrechtstatbestand, S. 418 (für den ärztlichen Eingriff).

⁶⁰ So die frühere Auffassung von Engisch in Untersuchungen, S. 285 ff., 344.

⁶¹ Konkretisierung, S. 140.

⁶² A. a. O., S. 279.

⁶³ ZStrW 66 (1954), S. 370.

⁶⁴ Untersuchungen, S. 331, 366; Unrechtstatbestand, S. 428.

⁶⁵ MschrKrimBiol. 30 (1939), S. 421 f.; Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, Abdruck aus: Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 4. Aufl. 1958, S. 1540. Diese beiden Abhandlungen Engischs beschäftigen sich zwar nur mit dem ärztlichen Eingriff; doch beschränkt Engisch seine a. a. O. vertretene Auffassung nicht auf dieses Gebiet. Ebenso: Kausalität, S. 55; Unrechtstatbestand, S. 419.

des Handelns oder - bei den Unterlassungsdelikten - des Handelnsollens bekannt bzw. erkennbar war, da sich ein Mensch, welcher der Rechtsordnung gemäss bemüht ist, sorgfältig zu sein und den tatbestandlichen Erfolg zu vermeiden, nur nach dieser Situation richten kann⁶⁶. Der Standpunkt ex ante ist daher nur ein "Derivat" des Grundsatzes "ultra posse nemo obligatur"⁶⁷. Entscheidend ist danach nicht der zufällige wirkliche, sondern der zu erwartende wahrscheinliche Ausgang⁶⁸.

Daraus ergibt sich, dass nach Engisch die Handlung unabhängig von ihrem Erfolg verboten bzw. unverboden ist; denn man kann "einen Imperativ in seiner Geltung für eine bestimmte Situation nicht von etwas abhängig machen, was später eintritt"⁶⁹. Es sei unmöglich, einen Imperativ zu befolgen, der laute: "Du sollst nicht auf andere Menschen in lebensgefährlicher Weise schiessen, es sei denn, dass Du sie nicht triffst". Engisch lehnt damit eine durch den Erfolg bedingte Rechtswidrigkeit ab.

3. Rechtswidrig ist nach Engisch nur adäquates Verhalten. Die Möglichkeit eines inadäquaten rechtswidrigen Verhaltens verneint Engisch⁷⁰. Dabei ist nach Engisch die Wahrscheinlichkeit der Verletzung bei einer Eisenbahn- oder Kraftwagenfahrt für den einzelnen zwar äusserst gering, die Wahrscheinlichkeit, "durch Eröffnung eines ständigen Bahnbetriebs oder durch ständige Benutzung eines Kraftwagens, ja auch schon durch die einmalige Fahrt im Automobil durch die Grosse Stadt", irgendeinen Menschen zu verletzen, aber gross genug, "um von ausserordentlicher Begünstigung der Erfolgsherbeiführung reden zu lassen"⁷¹.

Jedoch ist nach Engisch nicht jedes adäquate Verhalten rechtswidrig; denn das adäquate und daher "prima facie" rechtswidrige Verhalten kann unter anderen Gesichtspunkten (etwa Notwehr, erlaubtes Risiko) rechtmässig sein⁷².

Die Adäquität⁷³ ist daher bei Engisch unrechtsbegründendes Merkmal, nicht aber Bestandteil des strafrechtlichen Kausalbegriffs⁷⁴. Sie erscheint als selbständiges Merkmal neben der Kausalität. Die Adäquanztheorie ist somit keine Kausal-, sondern eine Rechtswidrigkeitstheorie.

⁶⁶ Kausalität, S. 55.

⁶⁷ Unrechtstatbestand, S. 419.

⁶⁸ ZStrW 58 (1939), S. 9 (für den ärztlichen Eingriff).

⁶⁹ Untersuchungen, S. 337, Anm. 23 unten.

⁷⁰ Kausalität, S. 53, Anm. 2; Unrechtstatbestand, S. 422 f.

⁷¹ Untersuchungen, S. 286.

⁷² Kausalität, S. 53, Anm. 2.

⁷³ Engisch gebraucht an Stelle des üblichen Begriffs "Adäquanz" des öfteren den Ausdruck "Adäquität". Ein sachlicher Unterschied soll damit nicht angedeutet werden. Vgl. dazu H. Mayer, Strafrecht, S. 144, Anm. 39.

⁷⁴ Untersuchungen, S. 13; Kausalität, S. 52 f., 59; Weltbild, S. 137.

V. Die Lehre H. Mayers

H. Mayer geht von dem für ihn "selbstverständlichen" und daher gesetzlich nicht geregelten Grundsatz aus, dass, um das Leben zu erhalten, Opfer gebracht werden müssen⁷⁵. Oft können nützliche oder sogar notwendige Handlungen nur mit Gefahr für andere Rechtsgüter vorgenommen werden. Die Rechtsordnung gestatte daher ein gewisses Risiko. Wer innerhalb dieses "massvollen Risikos" bleibe, handle auch dann rechtmässig, wenn sein Verhalten eine Rechtsgutsverletzung verursacht. Das massvolle Risiko zähle zu den wichtigsten Rechtfertigungsgründen⁷⁶.

Danach entscheidet nach H. Mayer nicht der Erfolg über die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung; denn man könne einem Menschen immer nur verbieten, Handlungen zu begehen, aber niemals, bloss kausal zu werden⁷⁷. Wird etwa ein Fussgänger von einem Auto überfahren, weil die Bremsen des Wagens infolge eines unvorhersehbaren und daher unvermeidbaren Metallbruchs versagt haben, so sei dieses Geschehen als "blosses Naturereignis", als "Unfall" zu beurteilen, nicht aber als rechtswidrige Körperverletzung oder Tötung⁷⁸.

VI. Die Lehre Henkels

Henkel geht von folgendem Beispiel aus⁷⁹: Ein vorschriftsmässig fahrender Motorradfahrer verletzt einen Fussgänger, der ihm in unvorhersehbarer Weise in das Fahrzeug läuft. Die Verursachung dieses Verletzungserfolgs ist nach Henkel nicht widerrechtlich, "weil ein als fahrlässig in Betracht kommendes Verhalten nicht schon durch die kausale Erfolgsherbeiführung, sondern erst infolge einer Verletzung der 'objektiven' Sorgfaltspflicht zu einem rechtswidrigen wird"⁸⁰.

Die objektive Sorgfaltspflicht besteht darin, sich sozialadäquat zu verhalten, d.h. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufzubringen. Sie ist eine "objekt- oder handlungsbezogene Pflicht" und daher zum Unrechtsbereich zu rechnen⁸¹. Diese Pflicht hat der Motorradfahrer nach Henkel nicht verletzt, da ihm ein Verhalten, auf Grund dessen der Verletzungserfolg nicht eingetreten wäre, etwa die Unterlassung des Fahrens überhaupt, nicht zuzumuten war.

⁷⁵ Strafrecht, S. 187.

⁷⁶ A. a. O.

⁷⁷ A. a. O., S. 132.

⁷⁸ A. a. O., S. 105.

⁷⁹ Mezger-Festschrift 1954, S. 283.

⁸⁰ A. a. O.

⁸¹ A. a. O.

Damit dient das Prinzip der Zumutbarkeit im Unrechtsbereich der Begrenzung des tatbestandlichen Unrechts ⁸².

Es ist aber nach Henkel keine Rechtfertigungsnorm - diese Auffassung würde die Bedeutung der Zumutbarkeit überschätzen -, sondern ein "regulatives Prinzip der Pflichtbegrenzung" ⁸³ insofern, als die objektive Sorgfaltspflicht a priori ihre Grenze am Gedanken der Nichtzumutbarkeit findet. Es ist wertfrei und daher "nicht normgebend und konstitutiv für eine Einzelentscheidung" ⁸⁴; denn über den Inhalt dessen, was das Recht zumutet, sagt dieses Prinzip nichts.

VII. Die Lehre Sauers

1. Nach Sauer kann nur ein Handeln und Unterlassen rechtswidrig sein, nicht aber "unmittelbar ein Erfolg und ein Schaden" ⁸⁵. Verboten sind daher auch nur bestimmte Verhaltensweisen, nicht aber ist es der Erfolg, der Schaden als solcher ⁸⁶.

Dieses Verbot muss ex ante feststehen. Es darf nicht von den Folgen des Handelns oder Unterlassens abhängig sein ⁸⁷. Sauer lehnt damit eine bedingte Rechtswidrigkeit ab.

2. Nach Sauer verbietet das Gesetz nur solche Handlungen und Unterlassungen, die objektiv geeignet sind, soziale Schäden herbeizuführen, und voraussichtlich einen schädlichen Erfolg bewirken, also nur "typisch gefährdende Verhaltensweisen" ⁸⁸.

Jedoch ist nicht jedes solche Verhalten verboten. Vielmehr nimmt die Rechtsordnung bei allgemeinen sozial nützlichen Einrichtungen die diesen innewohnende Gefährlichkeit in Kauf, "soweit sie im Verhältnis zu ihrer Sozialnützlichkeit erheblich geringer wiegt" ⁸⁹. Hierher zählen die meisten modernen Verkehrsmittel. Die aus derartigen Unternehmen "regelmässig entstehenden, normalerweise zu erwartenden Verletzungen und Gefährdungen" sind nach Sauer infolge erlaubten Risikos nicht rechtswidrig ⁹⁰.

⁸² Auf die Bedeutung, die dem Gedanken der Zumutbarkeit nach Henkel bei der Schuldfrage zukommt, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

⁸³ A.a.O., S. 282.

⁸⁴ A.a.O., S. 303.

⁸⁵ Allgemeine Strafrechtslehre, S. 65.

⁸⁶ A.a.O.

⁸⁷ A.a.O., S. 84.

⁸⁸ A.a.O., S. 65, 84.

⁸⁹ A.a.O., S. 137.

⁹⁰ A.a.O., S. 138.

VIII. Die Lehre Maihofers

1. Das Unrecht setzt sich nach Maihofer aus Unrechtssachverhalt und Unrechtsvorwurf zusammen ⁹¹.

Der Unrechtssachverhalt ist die "Gesamtheit der positiven und negativen Umschreibungen des Unrechts" ⁹². Er umfasst die Unrechtstatbestandsmerkmale und die Unrechtsaufhebungsgründe. Er liegt vor, wenn ein Verhalten dem Sollen widerspricht. Dies ist dann der Fall, wenn es durch kein Dürfen gestattet ist. Ein derartiges Verhalten nennt Maihofer "unerlaubt" ⁹³.

Der Unrechtsvorwurf als eine Pflichtverletzung ist dann gegeben, wenn dem Täter vorzuwerfen ist: "Du hast nicht so gehandelt, wie man handeln sollte und konnte" ⁹⁴. Er setzt sich zusammen aus einer Verfehlung des sozialen (generellen) Sollens und des sozialen (generellen) Könnens. Dem sozialen Sollen wird zuwidergehandelt, wenn "der Täter mit seiner Tat gegen die Pflichten zur Erfolgsvermeidung oder Erfolgsabwendung verstossen hat, die jedermann oder der Täter als ein bestimmter Jemand hatte" ⁹⁵. Das soziale Können ist verfehlt, wenn der Täter nicht so gehandelt hat, wie "man" handeln konnte ⁹⁶. Auch diese Feststellung wird also nicht am Masstab der "Individualität des Täters", sondern "seiner Personalität als Sozialperson" getroffen ⁹⁷.

Steht mit der Bejahung des Unrechtssachverhalts der "reale Erfolgsunwert" eines Verhaltens fest, so ist bei Vorliegen des Unrechtsvorwurfs auch der "personale Verhaltensunwert" der Tat gegeben ⁹⁸. Damit ist Unrecht nach Maihofer nicht nur ein Urteil über die Tat, sondern auch ein Urteil über den Täter, jedoch nicht über den Täter als Individual-, sondern als Sozialperson.

2. Die notwendige Einschränkung des "Verursachungsdogmas" liegt nach Maihofer also nicht in der Schuld, sondern bereits im Unrecht.

Durch den Unrechtssachverhalt werden die im Sinn der Bedingungstheorie verursachten Folgen auf die "sozial zurechenbaren, weil typischen Folgen der Tat-handlung" ⁹⁹ begrenzt, also nach dem Masstab der Adäquanztheorie, der ob-

⁹¹ Rittler-Festschrift 1957, S. 141 ff., insbes. S. 155 ff.

⁹² A.a.O., S. 155

⁹³ A.a.O.

⁹⁴ A.a.O., S. 157

⁹⁵ A.a.O.

⁹⁶ A.a.O., S. 158

⁹⁷ A.a.O.

⁹⁸ A.a.O., S. 157

⁹⁹ A.a.O., S. 159, Anm. 54

jektiven Vorausssehbarkeit des Taterfolgs¹⁰⁰.

Der Unrechtsvorwurf schränkt das Verursachungsdogma weiter dadurch ein, dass der Täter nur dann unrecht gehandelt hat, wenn "man" in der konkreten Situation und Position hätte anders handeln sollen und können¹⁰¹.

3. In Maihofers System lässt sich der Fall einer trotz "verkehrsrichtigen" Verhaltens verursachten Rechtsgutsverletzung mühelos eingliedern. Maihofer selbst bringt dazu folgendes Beispiel: Der Kraftfahrer A sieht den Betrunkenen B plötzlich vor seinen Wagen torkeln, drückt sofort auf die Bremse, kann aber die Tötung des B nicht mehr verhindern, obwohl er alles zur Vermeidung dieses Erfolgs Gebotene getan hat¹⁰².

Die Handlungsweise des Verletzenden unterliegt hier zwar dem Unrechtssachverhalt, da positiv die Unrechtstatbestandsmerkmale vorliegen und negativ keine Gestattungsnorm, kein Unrechtsaufhebungsgrund eingreift. Auch das soziale Sollen ist verfehlt, da der Täter durch sein Verhalten gegen die Pflicht, niemanden zu verletzen, verstossen hat. Jedoch ist der Unrechtsvorwurf trotzdem zu verneinen, da der Täter das soziale Können beachtet hat; denn er hat so gehandelt, wie ein abstrakter "jemand" in seiner konkreten Lage und Stellung handeln konnte. Sein Unrecht tun war daher in dieser Situation und Position unvermeidbar.

Maihofer erblickt also im sog. verkehrsrichtigen Verhalten, das eine Rechtsgutsverletzung verursacht, keinen Rechtfertigungsgrund, da keine Norm des Dürfens, keine Gestattungsnorm vorliegt. Er schliesst vielmehr das Unrecht infolge der Unvermeidbarkeit der Interessenverletzung aus. Ihn kann daher die Kritik Maurachs¹⁰³, es sei nicht statthaft, die scharf profilierten Rechtfertigungsgründe durch die "Generalklausel des massvollen Risikos" zu ersetzen, nicht treffen.

IX. Die Lehre Schröders

Nach Schröder bilden das erlaubte Risiko und die soziale Adäquanz bei den vorsätzlichen wie bei den fahrlässigen Delikten einen besonderen Rechtfertigungsgrund¹⁰⁴. Das Verhältnis dieser beiden Begriffe erörtert Schröder aber nicht. Wer sich innerhalb des erlaubten Risikos hält, das vor allem im Strassenverkehr gilt, handelt nach Schröder auch dann nicht rechtswidrig, wenn sein Verhalten eine

¹⁰⁰ ZStrW 70 (1958), S. 187 f.

¹⁰¹ A.a.O., S. 158 f.

¹⁰² A.a.O., S. 153.

¹⁰³ Strafrecht I, S. 436.

¹⁰⁴ Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, III 8 Vorbem. § 51; § 59, Anm. X 6 b.

Gefährdung oder Schädigung von Rechtsgütern verursacht ¹⁰⁵. Die Rechtswidrigkeit ist aber zu bejahen, wenn der Täter trotz deutlichen Erkennens des ordnungswidrigen Verhaltens des anderen handelt ¹⁰⁶.

Die durch eine erlaubte Handlung verursachte Rechtsgutsverletzung selbst nennt Schröder einen "verbotenen Erfolg" ¹⁰⁷. Nach Schröder kann also ein Erfolg als solcher verboten sein.

Obwohl Schröder bei sozialadäquatem Verhalten die Rechtswidrigkeit verneint, damit also schon ein Korrektiv für die von ihm vertretene Bedingungstheorie ¹⁰⁸ hat, meint er, auf Grund des Erfordernisses des Verschuldens seien keine unerträglichen Folgen aus der *condicio sine qua non* zu befürchten ¹⁰⁹. Schröder verkennt damit die Bedeutung, die er selbst dem sozialadäquaten Verhalten beimisst.

¹⁰⁵ A. a. O.

¹⁰⁶ A. a. O., § 59, Anm. X 6 b u. 10.

¹⁰⁷ A. a. O., § 59, Anm. X 6 b.

¹⁰⁸ A. a. O., IV Vorbem. z. Allg. Teil.

¹⁰⁹ A. a. O., IV 4 Vorbem. z. Allg. Teil.

2. Unterabschnitt

Finalistische Systeme

I. Die Lehre Welzels

1. Unrecht ist nach Welzel "täterbezogenes, 'personales' Handlungsunrecht"¹¹⁰. Welzel lehnt damit die Lehre von der Rechtswidrigkeit als einer kausalen Rechtsverletzung ab¹¹¹. Die Verletzung eines Rechtsguts (der Erfolgsunwert) sei zwar für die meisten Delikte wesentlich, jedoch strafrechtlich nur innerhalb einer "personal-rechtswidrigen Handlung" (innerhalb des Handlungsunwerts) von Bedeutung. Eine kausale Rechtsgutsverletzung ist daher nach Welzel nur rechtswidrig, wenn auch die zu der Verletzung führende Handlung dem Recht widerspricht. Dies gelte für vorsätzliche wie für fahrlässige Delikte¹¹².

Welzels personaler Unrechtsbegriff sagt nicht eindeutig, ob er auf den individuellen Täter oder auf den Täter als menschliches Wesen abstellt. Dem System Welzels entspricht jedoch letzteres. So nennt Welzel eine Handlung zwar nur als "Werk eines bestimmten Täters" rechtswidrig¹¹³, ohne jedoch wie früher¹¹⁴ fortzufahren: "..., der durch seinen Willensinhalt der Tat seinen Stempel aufdrückt". Auf Grund dieses Relativsatzes könnte rechtswidrig nur ein Verhalten sein, das vom Rechtsgutsverletzungswillen getragen ist. Damit aber wäre die individuelle Willensrichtung des Täters relevant für die Bewertung der Tat als rechtswidrig, was einen subjektiven Unrechtsbegriff zur Folge hätte. Diese offensichtlich nicht gewünschte Konsequenz will Welzel nunmehr dadurch vermeiden, dass er den angeführten Relativsatz weglässt¹¹⁵.

¹¹⁰ Strafrecht, S. 56; Bild, S. 27

¹¹¹ Strafrecht, S. 57; Bild, S. 27 f.

¹¹² Strafrecht, Vorwort S. VI f. und S. 110.

¹¹³ A.a.O., S. 56.

¹¹⁴ Strafrecht, 5. Aufl. 1956, S. 52; Bild, S. 27.

¹¹⁵ Damit ist auch die Kritik Maihofers, Rittler-Festschrift 1957, S. 145, am "subjektiven Unrechtsbegriff" Welzels in der 5. Auflage (1956) seines Strafrechts, S. 52, heute jedenfalls überholt. Wenn Maihofer, a.a.O., S. 146 f., ferner einen Widerspruch in Welzels Lehre dadurch nachweisen will, dass er Darlegungen der 5. Auflage des Strafrechts (1956) mit solchen der 1. Auflage von Welzels "Bild des Strafrechtssystems" (1951) vergleicht, so übersieht er, dass Welzel diese Werke in mehrjährigem Abstand verfasst und seine Auffassung in der Zwischenzeit geändert hat.

2. Welzels personaler Unrechtsbegriff ist der Grundpfeiler für seine Lehre von der Bedeutung der sozialen Adäquanz. Danach ist eine Handlung, die eine Rechtsverletzung verursacht, dann nicht rechtswidrig, wenn sie sich "völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens" bewegt und daher gestattet ist ¹¹⁶. Die Sozialadäquanz sei ein gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund. Die Frage nach einem "besonderen rechtlichen Erlaubnissatz" tauche daher bei ihr nicht auf.

Welzel betrachtet damit seine ursprünglich ¹¹⁷ der Einschränkung des Tatbestands dienende Lehre von der sozialen Adäquanz nunmehr als allgemeines Rechtfertigungsprinzip. Die soziale Adäquanz bildet bei Welzel gewissermassen eine Generalklausel für die Rechtmässigkeit der Handlung. Das tatbestandsmässige Verhalten ist daher zunächst auf seine Sozialadäquanz zu untersuchen. Erst dann hat die Prüfung auf das Vorliegen besonderer Rechtfertigungsgründe zu erfolgen.

3. Eine besonders grosse Rolle spielt nach Welzel die soziale Adäquanz bei den Fahrlässigkeitsdelikten. Sozialadäquat und damit nicht rechtswidrig verhält sich hier, wer die objektiv gebotene Sorgfalt beachtet ¹¹⁸. Diese sei gleichbedeutend mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach § 276 Abs. 1 S. 2 BGB ¹¹⁹. Der Fahrlässigkeitsbegriff dieser Bestimmung beinhaltet daher bei Welzel kein Schuld-element. Er bedeutet vielmehr die Rechtswidrigkeit der unvorsätzlichen Handlung ¹²⁰. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt sei die Innehaltung des im Sozialleben zur Vermeidung von Rechtsgüterverletzungen gebotenen Masses an finaler Steuerung" ¹²¹.

Nur wer die objektiv gebotene Sorgfalt nicht beachtet, handelt nach Welzel rechtswidrig. Das Recht verlange nicht die Unterlassung jeder rechtsgutsgefährdenden Tätigkeit, sondern fordere diese nur insoweit, als die damit verbundenen Gefahren das sozialadäquate Mass überschreiten. Dies gilt nach Welzel im besonderen für das erlaubte Risiko gefährlicher Betriebe, einen "Unterfall der sozial-adäquaten Gefährdung" ¹²².

¹¹⁶ Strafrecht, S. 74; Bild, S. 24 f.

¹¹⁷ Siehe dazu S. 10 ff.

¹¹⁸ Strafrecht, S. 114.

¹¹⁹ A.a.O., S. 113.

¹²⁰ A.a.O.; Bild, S. 31 f.

¹²¹ Strafrecht, S. 114.

¹²² A.a.O., S. 115; Bild, S. 33.

Damit liegt auch bei den Fahrlässigkeitsdelikten nach Welzel das entscheidende Rechtswidrigkeitsmoment nicht im Erfolgs-, sondern im Handlungsunwert. Die Rechtswidrigkeit müsse hier positiv durch die Ermittlung des gebotenen Verhaltens und durch den Vergleich der wirklichen Handlung mit dem gebotenen Verhalten begründet werden¹²³. Sie werde mit der Verwirklichung des Tatbestands nicht indiziert. Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass jede Handlung verboten wäre, "die objektiv erkennbare Gefahren für den Eintritt einer tatbestandsmässigen Rechtsgüterverletzung mit sich führt". Dies sei, wie der moderne Strassenverkehr zeige, unmöglich. Welzel selbst bringt hier das Beispiel, dass ein Autofahrer, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet, nicht rechtswidrig handelt, wenn er einen Fussgänger überfährt, weil ihm dieser plötzlich vor seinen Wagen gesprungen ist¹²⁴.

Nach Welzel¹²⁵ ist also nicht jede Herbeiführung einer objektiv vorhersehbaren und damit adäquaten¹²⁶ Rechtsgutsverletzung rechtswidrig, sondern nur eine solche, welche die objektiv gebotene Sorgfalt nicht beachtet. Diese Sorgfalt kann nach Welzel, wie das Beispiel des modernen Strassenverkehrs zeigt, auch bei Handlungen, die im Hinblick auf eine Verletzung rechtlich geschützter Interessen adäquat sind, beachtet sein. Wenn Welzel daher an anderer Stelle¹²⁷ erklärt, die im Verkehr gebotene Sorgfalt erfordere die "Berücksichtigung aller Nebenfolgen, die ... nach menschlicher Einsicht voraussehbar waren", so widerspricht er sich selbst.

II. Die Lehre Nieses

Nach Nieses neuerer Lehre ist die Verursachung eines missbilligten Erfolgs nur dann rechtswidrig, wenn der Täter bei der diesem Erfolg zugrundeliegenden Handlung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt hat¹²⁸. Damit ist für die Rechtswidrigkeit nach Niese nicht der Erfolgs-, sondern der Handlungsunwert entscheidend. Ein solcher aber liegt nur bei Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vor. Alle im "normalen Verkehr des sozialen Lebens" unvermeidbaren Rechtsgutsverletzungen werden dagegen von der Rechtsordnung als sozialadäquat nicht missbilligt. Sie seien "Unglück, nicht Unrecht"¹²⁹, da sie, wie

¹²³ Strafrecht, S. 112; Bild, S. 31.

¹²⁴ Strafrecht, S. 37.

¹²⁵ A.a.O., S. 113.

¹²⁶ A.a.O., S. 112; Bild, S. 31.

¹²⁷ Strafrecht, S. 43.

¹²⁸ Streik und Strafrecht (1954), S. 30; JZ 1956, S. 460.

¹²⁹ Streik und Strafrecht, S. 30 f; JZ 1956, S. 460.

Engisch richtig festgestellt habe, auf "völliger Harmlosigkeit" beruhen ¹³⁰.

Die Sozialadäquanz gehört daher nach Niese in die Ebene der Rechtswidrigkeit ¹³¹. Sie ist jedoch kein besonderer Rechtfertigungsgrund, sondern ein allgemeines Rechtfertigungsprinzip. Sie hat nach Niese in § 276 Abs. 1 S. 2 BGB ihren allgemeinen Ausdruck gefunden ¹³².

2. Niese weist auch auf den engen Zusammenhang zwischen Sozialadäquanz, erlaubtem Risiko und der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hin ¹³³. Er kommt jedoch zu keiner klaren Abgrenzung und Unterscheidung dieser Begriffe. Während er einerseits die sozialadäquaten Gefährdungen und Verletzungen als "Fälle des erlaubten Risikos" anspricht ¹³⁴, nennt er andererseits das erlaubte Risiko einen "Unterfall der sozialen Adäquanz" und beschränkt es auf "lebensnotwendige, typisch gefährliche Betriebe" ¹³⁵.

4. Abschnitt

Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Tatverantwortungsproblem

(Die Lehre Maurachs)

Vorbemerkung

Maurach hat als neues Element des Verbrechensaufbaus der vorsätzlichen wie der fahrlässigen Delikte den Begriff der Tatverantwortung eingeführt ¹³⁶. Diese setzt voraus, dass der Täter hinter den generellen Verhaltensanforderungen zu-

¹³⁰ Engisch soll diese Meinung nach Niese, JZ 1956, S. 460, in seiner Abhandlung "Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit" (1953), S. 140, vertreten haben. A.a.O. spricht aber Engisch einerseits nicht generell von den sozialadäquaten Rechtsgutsverletzungen, sondern nur vom ärztlichen Eingriff, der indizierten Schwangerschaftsunterbrechung, der staatlichen Zwangsvollstreckung und der erlaubten Selbsthilfe und erklärt andererseits, dass die Rechtmässigkeit dieser Fälle gerade nicht auf völliger Harmlosigkeit, sondern auf Interessenübergewicht beruht.

¹³¹ Streik und Strafrecht, S. 31; JZ 1956, S. 460.

¹³² A.a.O.

¹³³ A.a.O.

¹³⁴ Streik und Strafrecht, S. 31.

¹³⁵ JZ 1956, S. 460.

¹³⁶ Schuld und Verantwortung im Strafrecht (1948), S. 36 ff.; Strafrecht I, S. 291 ff., 438 ff.

rückgeblieben ist, dass er "in der konkreten Situation sich schlechter verhalten hat, als die anderen es getan hätten" ¹³⁷. Sie wird begründet durch den "Abfall vom rechtlich präsumierten Können des Durchschnittes" ¹³⁸.

Die Tatverantwortung ist damit zwar ein personales, täterbezogenes, jedoch kein individuelles Merkmal. Sie missbilligt die Handlungsweise des Täters, ohne jedoch schon einen Vorwurf zu begründen. Dieser erfolgt erst im Schuldurteil, das auf die Fähigkeit des konkreten Täters, recht handeln zu können, abstellt. Tatverantwortung und Schuld bilden die Zurechenbarkeit.

1. Wird trotz Beachtung des verkehrsmässigen Risikos unvorsätzlich ein "rechtswidriger Erfolg" verursacht, so ist nach Maurach zwar der riskante Betrieb als solcher, etwa der Betrieb einer Bahn oder einer technischen Forschungsanstalt, nicht rechtswidrig ¹³⁹. Von diesem rechtmässigen Gesamtbetrieb sei aber die einzelne Betriebs-handlung zu unterscheiden als "unmittelbare und daher allein tatbestandserhebliche Ursache des missbilligten Erfolges". Diese einzelne Betriebs-handlung sei bei einer durch sie verursachten Rechtsgutsverletzung, "wie der Erfolg lehrt", objektiv stets fehlerhaft ¹⁴⁰. So sei bei einer Flugzeugkatastrophe allein tatbestandsrelevante Ursache etwa das Versagen der Motoren, die fehlerhafte Navigation oder die unzureichende Bodenbefuerung. Diese schadenstiftende Risikohandlung sei stets rechtswidrig, "weil mit dem durch sie unmittelbar verursachten rechtswidrigen Erfolg belastet" ¹⁴¹.

Nach Maurach muss daher das Verhalten eines Autofahrers, der trotz Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Verletzung eines Fussgängers verursacht hat, der ihm in objektiv unvorhersehbarer Weise in den Wagen gelaufen ist, als fehlerhaft bezeichnet werden. Als weitere Folge ergibt sich aus Maurachs Lehre, dass die Rechtswidrigkeit erst ex post, nicht aber schon im Zeitpunkt der Handlung feststellbar ist. Führt ein Autofahrer verkehrsrichtig, ohne dabei ein Rechtsgut zu verletzen, so ist sein Verhalten der Rechtsordnung gemäss. Führt er ebenso verkehrsrichtig, verletzt jedoch einen Passanten, so ist das gleiche Verhalten nunmehr nach Maurach mit Rücksicht auf den Erfolg rechtswidrig.

2. Andererseits ist eine trotz Einhaltung des verkehrsmässigen Risikos eintretende Rechtsgutsverletzung nach Maurach dem Urheber dieses Erfolgs nicht zurechenbar. Maurach verneint jedoch nicht erst die Schuld; denn die Beachtung

¹³⁷ Strafrecht I, S. 294.

¹³⁸ A. a. O.

¹³⁹ A. a. O., S. 435.

¹⁴⁰ A. a. O.

¹⁴¹ A. a. O., S. 439.

des erlaubten Risikos bestimme sich nicht nach individuellen, persönlichen, sondern ausschliesslich nach Durchschnittsmassstäben ¹⁴². Beachte der Täter diese Durchschnittsanforderungen, so entspreche sein Verhalten "dem standardisierten Mass der billigerweise an jedermann zu stellenden Ansprüche" ¹⁴³. Ob sein Verhalten auch der dem Täter persönlich möglichen Leistung entspreche, die allein über die Schuldfrage entscheide, sei hier nicht mehr zu prüfen.

3. Ausgeschlossen ist bei Beachtung des verkehrsmässigen Risikos nach Maurach die Tatverantwortung; denn der Verursacher der Rechtsgutsverletzung hat die "allgemein vorausgesetzten und daher auch ihm zumutbaren Sorgfaltsgrenzen" eingehalten ¹⁴⁴. Er hat sich nicht schlechter verhalten als der Durchschnitt, da er so gehandelt hat, wie "man" in der gleichen Situation auch gehandelt hätte.

5. Abschnitt

Das "verkehrsrichtige" Verhalten als Schuldproblem

Vorbemerkung

Das "verkehrsrichtige" Verhalten, das eine Rechtsgutsverletzung verursacht, wird vielfach auch als Schuldproblem betrachtet. Dies trifft für alle Strafrechtssysteme zu, welche die Schuldfrage entweder nur nach einem objektiven, vom konkreten Täter losgelösten Massstab beurteilen oder aber dem Schuldproblem das objektive, personale, an einem allgemeinen oder besonderen Durchschnitt oder an einem "idealen" Normadressaten orientierte Können und - als Einschränkung oder Erweiterung - das subjektive, persönliche, individuelle Können zugrundelegen. Auch hier wollen wir einige auf Grund ihrer Originalität oder ihrer Bedeutung für das heutige Strafrecht charakteristische Systeme kurz darlegen.

I. Die Lehre M.E. Mayers

1. Nach M.E. Mayer sind "mannigfache und erhebliche Gefährdungen" von Rechtsgütern erlaubt, oft sogar "als Kulturwerk gepriesen" ¹⁴⁵. Dies gilt aber nur für die Gefährdung, nicht auch für die auf Grund einer (erlaubten) Gefährdung eintretenden Verletzung eines Rechtsguts. Eine solche ist nach M.E. Mayer, falls kein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliegt, stets rechtswidrig. "Der Schluss vom verletzenden Erfolg auf die Rechtswidrigkeit ist zuverlässig, der Schluss vom gefährlichen Erfolg auf die Rechtswidrigkeit ist trügerisch" ¹⁴⁶.

¹⁴² A.a.O., S. 433.

¹⁴³ A.a.O.

¹⁴⁴ A.a.O., S. 439.

¹⁴⁵ Strafrecht, S. 197.

¹⁴⁶ A.a.O., S. 200 f., Anm. 6.

Hieraus folgt, dass das Rechtswidrigkeitsurteil erst gefällt werden kann, wenn der durch die Handlung verursachte Erfolg vorliegt. Die Rechtswidrigkeit ist damit nicht im Zeitpunkt der Handlung, sondern erst ex post feststellbar.

2. Die Fahrlässigkeit ist bei M.E. Mayer in toto eine Schuldart ¹⁴⁷.

Sie erfordert zunächst den Widerspruch mit dem Sollen ¹⁴⁸. Inhalt und Umfang des Sollens bestimmen sich nach den "staatlich anerkannten Kulturnormen" ¹⁴⁹. Sie haben in § 276 BGB in dem Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ihren allgemeinen Ausdruck gefunden ¹⁵⁰. Sie sind von allen subjektiven Umständen unabhängig. Der Masstab der Sollensanforderungen ist also objektiver Natur.

Steht der Widerspruch mit dem Sollen und damit die Pflichtwidrigkeit der Tat fest, so ist zur Bejahung der Fahrlässigkeit weiter erforderlich, dass der Täter als Individuum diese Pflichtwidrigkeit vermeiden konnte ¹⁵¹. Dabei sind die individuellen Fähigkeiten des Täters zu berücksichtigen. Für dieses Können gibt es daher keinen Masstab.

Fahrlässigkeit ist somit nach M.E. Mayer dann gegeben, wenn "die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg hätte Gegenmotiv sein sollen und können", es jedoch nicht war ¹⁵². M.E. Mayer schränkt das Sollen durch das Können ein ¹⁵³. Erst bei einem Verstoss gegen das soziale Sollen und das individuell zu beurteilende Können liegt Fahrlässigkeit vor. Da aber nach M.E. Mayer die Fahrlässigkeit in toto eine Schuldart ist, gehört auch das Sollen zur Schuld und nicht zur Rechtswidrigkeit.

II. Die Lehre R. v. Hippels

1. Das sachliche Wesen des Unrechts ist nach R. v. Hippel durch den Eingriff in rechtlich geschützte Interessen gekennzeichnet ¹⁵⁴. Damit kommt es für die Beurteilung einer Tat als rechtswidrig nicht auf die Handlung, sondern auf das Ergebnis der Handlung, den Erfolg, an. R. v. Hippel zieht daraus folgerichtig den Schluss, dass das Urteil über die Rechtswidrigkeit nicht schon im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung, sondern erst nach Ablauf des sich hieran anschliessenden Kausalverlaufs gefällt werden kann. Die Entscheidung über die Rechtswidrig-

¹⁴⁷ A. a. O., S. 238.

¹⁴⁸ A. a. O., S. 253.

¹⁴⁹ A. a. O., S. 253 f.

¹⁵⁰ A. a. O., S. 254, Anm. 6; Schuldhafte Handlung, S. 118.

¹⁵¹ Strafrecht, S. 254; Schuldhafte Handlung, S. 119.

¹⁵² Schuldhafte Handlung, S. 119.

¹⁵³ Strafrecht, S. 253, Anm. 5.

¹⁵⁴ Strafrecht II, S. 185.

keit ist damit ein Urteil ex post, nicht ein solches ex ante¹⁵⁵. Dies aber hat zur Folge, dass die gleiche Handlung, je nach dem von ihr verursachten Erfolg, rechtmässig und rechtswidrig sein kann.

2. Die Fahrlässigkeit ist nach R.v.Hippel eine Schuldart¹⁵⁶. Ihr Vorwurf besteht darin, dass der Täter bestimmte Folgen nicht vermieden hat, obwohl er sie hätte vermeiden können und daher vermeiden sollen¹⁵⁷. Ihr Wesen liegt in der pflichtwidrig unvorsichtigen Verwirklichung des Deliktstatbestands¹⁵⁸. Sie bestimmt sich nach einem doppelten Masstab. Objektiv ist entscheidend, ob der Täter das nach Lage des Falles für verständiges Urteil gebotene Mass von Sorgfalt, wie es § 276 BGB kennzeichnet, angewandt hat¹⁵⁹. Subjektiv kommt es darauf an, ob der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten den Erfolg vermeiden konnte¹⁶⁰. Da die Fahrlässigkeit nach R.v.Hippel aber eine Schuldart ist, muss nicht nur ihr subjektives, sondern auch ihr objektives Element zur Schuld gerechnet werden.

III. Die Lehre Franks

1. Die Beachtung der gebotenen Vorsicht bedeutet nach Frank nicht das Gebot, jede gefährliche Tätigkeit zu vermeiden. Die Rechtsordnung erkläre "zahlreiche riskierte Handlungen mit Rücksicht auf den überwiegenden sozialen Nutzen sogar für erlaubt, wie z.B. den Betrieb einer Eisenbahn"¹⁶¹. Erst wenn die dabei gebotene Vorsicht vernachlässigt werde, höre die Rechtmässigkeit auf und entstehe die Frage der Verantwortung.

Damit ist nach Frank eine Handlung, die sich innerhalb des erlaubten Risikos hält, grundsätzlich nicht rechtswidrig. Verursacht sie aber eine Rechtsgutsverletzung, so wird sie dadurch rechtswidrig, sofern nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund eingreift. Das erlaubte Risiko als solches erkennt Frank nicht als Rechtfertigungsgrund an. Es kann daher die gleiche Handlung rechtmässig und rechtswidrig sein, je nachdem ob sie ein Rechtsgut verletzt oder nicht. Die Rechtswidrigkeit der Handlung hängt damit von ihrem Ergebnis, vom Erfolg ab. Sie wird daher durch ein Urteil ex post bestimmt.

¹⁵⁵ A.a.O., S. 194.

¹⁵⁶ A.a.O., S. 360; S. 360; VDA III, S. 567.

¹⁵⁷ Strafrecht II, S. 361, 363; VDA III, S. 567 f.

¹⁵⁸ Strafrecht II, S. 361; VDA III, S. 567.

¹⁵⁹ Strafrecht II, S. 361; VDA III, S. 568 f.

¹⁶⁰ Strafrecht II, S. 362 f.; VDA III, S. 568.

¹⁶¹ Strafgesetzbuch § 59, Anm. VIII 4.

2. Die Fahrlässigkeit ist nach Frank ein Schulselement¹⁶², Sie erfordert objektiv die Vernachlässigung der gebotenen Vorsicht¹⁶³. Subjektiv muss die Beachtung dieser Vorsicht von dem konkreten Täter billigerweise erwartet werden können¹⁶⁴ und die Verwirklichung des Tatbestands für ihn voraussehbar sein¹⁶⁵.

Damit bemisst sich die Fahrlässigkeit nach einem doppelten Masstab. Zunächst ist zu prüfen, ob der Täter den Anforderungen genügt hat, deren Beachtung die Rechtsordnung generell, unabhängig von dem konkreten Täter verlangt. Ist er diesen Anforderungen nicht nachgekommen, so ist weiter zu untersuchen, ob er hierzu infolge seiner persönlichen Fähigkeiten in der Lage war. Erst wenn diese Frage bejaht wird, liegt Fahrlässigkeit vor.

Da aber Frank auch die Vernachlässigung der gebotenen Vorsicht zur Fahrlässigkeit rechnet und diese in toto als Schulselement bezeichnet, ist bei Eintritt eines Verletzungserfolgs trotz Beachtung der gebotenen Vorsicht nur die Schuld, nicht auch die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen.

IV. Die Lehre Eb.Schmidts

1. Die Lücken, die bei den Rechtfertigungsgründen bestehen, können nach Eb.Schmidt nur dadurch ausgefüllt werden, "dass der materielle Gehalt der Handlung, ihre Sozialschädlichkeit oder -nützlichkeit, mit Hilfe der Wertmassstäbe der materiellen Unrechtslehre geprüft und bei festgestellter materieller Rechtmässigkeit der Handlung die Rechtswidrigkeit verneint wird"¹⁶⁶. So ist nach Eb.Schmidt eine zur Erreichung eines bestimmten Zwecks, dessen Verfolgung die Rechtsordnung als berechtigt ansieht, erforderliche Handlung trotz ihrer Tatbestandsmässigkeit nicht rechtswidrig¹⁶⁷.

Von diesem Gedanken wird jedoch ein "verkehrsrichtiges" Verhalten nach Eb.Schmidt dann nicht erfasst, wenn es eine Rechtsgutsverletzung verursacht. Hier ist vielmehr die Verwirklichung des Tatbestands rechtswidrig und nur die Schuld ausgeschlossen, da sich die Vorstellung des tatbestandsmässigen Erfolgs in dieser Situation nicht hat einstellen können¹⁶⁸.

¹⁶² Strafgesetzbuch, Bem. II 3 vor § 51; Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum 1907, S. 528.

¹⁶³ Strafgesetzbuch, § 59, Anm. VIII 4.

¹⁶⁴ A.a.O., § 59, Anm. VIII 5.

¹⁶⁵ A.a.O., § 59, Anm. VIII 6.

¹⁶⁶ v. Liszt-Schmidt, Strafrecht I, S. 186 f.

¹⁶⁷ A.a.O., S. 187.

¹⁶⁸ A.a.O., S. 279 u. das in Anm. 14 angeführte Beispiel.

Da aber Eb. Schmidt das "verkehrsrichtige" Verhalten als solches nicht als rechtswidrig bezeichnet, ist die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung von ihrem Ergebnis her, also ex post, zu beurteilen, eine Folge, die Eb. Schmidt zwar nicht ausspricht, die sich aber aus seiner Auffassung ergibt.

2. Die Fahrlässigkeit ist nach Eb. Schmidt eine Schuldart¹⁶⁹. Sie erfordert in psychologischer Hinsicht, dass der Täter den tatbestandsmässigen Erfolg oder seine Sozialschädlichkeit nicht vorausgesehen hat¹⁷⁰. Sie verlangt als normatives Schudelement, dass das psychische Verhalten des Täters "fehlerhaft" ist, weil sich dieser im Hinblick auf die Gesamtsituation seiner Handlung normgemäss hätte motivieren können¹⁷¹. Fehlerhaft, pflichtwidrig müssen der Voraussichtsmangel als solcher und der ganze mit diesem Voraussichtsmangel behaftete Motivationsprozess des Täters sein¹⁷².

Der Voraussichtsmangel als solcher ist fehlerhaft, wenn der Täter im Widerspruch zu einem rechtlichen Voraussichtsgebot ohne die von ihm erwartete Erfolgsvoraussicht geblieben ist¹⁷³. Es muss daher eine Rechtsnorm dem Täter eine Voraussicht gerade in der Richtung gebieten, in der sein konkreter Voraussichtsmangel liegt¹⁷⁴. Solche Rechtsgebote sind "zum grossen Teil" in § 276 BGB enthalten. Gegen dieses Voraussichtsgebot muss der Täter pflichtwidrig verstossen haben. Dies trifft dann zu, wenn das Voraussichtsgebot in der konkreten Situation im Motivationsprozess des Täters bestimmend hätte wirken können¹⁷⁵. Dem Täter muss daher die Befolgung des Voraussichtsgebots und demgemäss die Voraussicht des Erfolgs im Hinblick auf seine individuellen geistigen Fähigkeiten zugemutet werden können¹⁷⁶.

Erst wenn die Pflichtwidrigkeit des Voraussichtsmangels feststeht, ist der die schädigende Handlung selbst auslösende und darum strafrechtlich interessierende Motivationsprozess, einschliesslich des pflichtwidrigen Voraussichtsmangels, auf seine Pflichtwidrigkeit zu prüfen¹⁷⁷. Dieses zweite normative Schudelement liegt nach Eb. Schmidt dann nicht vor, wenn dem Täter ein anderes Handeln in der konkreten Situation nicht zumutbar war.

¹⁶⁹ A. a. O., S. 272.

¹⁷⁰ A. a. O., S. 273.

¹⁷¹ A. a. O., S. 275.

¹⁷² A. a. O., S. 275 f.

¹⁷³ A. a. O., S. 276.

¹⁷⁴ A. a. O.

¹⁷⁵ A. a. O., S. 277 f.

¹⁷⁶ A. a. O., S. 278.

¹⁷⁷ A. a. O.

V. Die Lehre Mezgers

1. Objektive Rechtswidrigkeit, Unrecht ¹⁷⁸ ist nach Mezger das "der objektiven Bewertungsnorm Widersprechende" ¹⁷⁹, das "unpersönlich-objektive Urteil über den Widerspruch der Tat mit der Rechtsordnung" ¹⁸⁰. Die objektive Bewertungsnorm beurteilt nach Mezger im Gegensatz zur Schuld das menschliche Verhalten ohne Rücksicht auf die Frage eines persönlichen Vorwurfs ¹⁸¹. An dieser Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld hält Mezger als "wichtigster Grundlage aller strafrechtlichen Systematik" ohne Einschränkung fest ¹⁸². Dabei kann sich die objektive Bewertungsnorm sowohl auf äusseres ("objektives") wie auf inneres ("subjektives") Verhalten beziehen ¹⁸³.

Nach Mezger ist es einer der "grundlegenden Sätze der Rechtfertigungslehre", dass das Recht oder Unrecht einer Tat im Augenblicke der Tat feststehen muss und nicht erst nachträglich entschieden werden kann ¹⁸⁴. Mezger bejaht damit die Beurteilung der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung vom Standpunkt ex ante. Er äussert sich jedoch nicht dazu, ob für den Verbrechensaufbau die Bewertung der "Tat" oder die Bewertung des Erfolgs entscheidend ist.

2. Mezger spricht zwar mehrmals von der sozialen Adäquanz, ohne aber ihre Bedeutung für den Verbrechensaufbau klar darzulegen. So führt Mezger aus, er vermöge dem Gedanken Welzels, sozialadäquates Handeln sei stets rechtmässig, da man hier von der Tatbestandsmässigkeit nicht auf die Rechtswidrigkeit schliessen könne, "in dieser Form nicht ohne weiteres" zuzustimmen. Doch dürfte Welzels These "in einzelnen Fällen" beachtenswert sein und im übrigen den Gesichtspunkt eines generellen Unrechtsausschlussgrundes "zur Erwägung geben" ¹⁸⁵. An anderer Stelle erklärt Mezger, der sozialen Adäquanz komme "vielfach" der Charakter eines allgemeinen Unrechtsausschlussgrundes zu ¹⁸⁶.

Mezger meint ferner, er könne den Folgerungen, die Welzel an die soziale Adäquanz knüpft, "nicht ohne weiteres" beipflichten ¹⁸⁷. Er sehe in dem Ge-

¹⁷⁸ Für Mezger sind diese Begriffe gleichbedeutend (vgl. Studienbuch I, S. 85; Lehrbuch, S. 163; Bem. 9 vor § 51 LK).

¹⁷⁹ Studienbuch I, S. 87; ebenso Lehrbuch, S. 164 u.
Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik (1950), S. 20.

¹⁸⁰ Studienbuch I, S. 85.

¹⁸¹ Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, S. 20.

¹⁸² A. a. O.

¹⁸³ Studienbuch I, S. 87.

¹⁸⁴ GerS 89 (1924), S. 279.

¹⁸⁵ Studienbuch I, S. 123.

¹⁸⁶ A. a. O., S. 132.

¹⁸⁷ LK, Bem. 10 h bb vor § 51.

danken der sozialen Adäquanz einen zwar "mitunter wertvollen Auslegungsgrundsatz im Einzelfall", nicht aber eine "generelle Regel", die als tatbestandliche Einschränkung oder als Unrechtsausschlussgrund "allgemein" dienen könnte¹⁸⁸. Die Sozialadäquanz könne "mitunter (!)" zur tatbestandlichen Verneinung typischen Unrechts führen, etwa bei kunstgerechter Behandlung des Arztes, auch wenn diese unglücklich verlaufe¹⁸⁹.

Diese Ausführungen Mezgers können nicht ganz befriedigen. Aus ihnen geht nicht hervor, wann, sondern nur dass die Sozialadäquanz "vielfach" einen allgemeinen Unrechtsausschlussgrund bildet. Sie sagen ferner zwar, dass die soziale Adäquanz in "einzelnen Fällen" beachtenswert und ein "mitunter" wertvoller Auslegungsgrundsatz ist, nicht aber, wann dies zutrifft.

Das gleiche gilt für den Begriff des erlaubten Risikos. Mezger nennt dieses zwar "in vielem" nur einen Unterfall der sozialen Adäquanz¹⁹⁰, erläutert aber nicht, welche Fälle er damit meint.

3. Bei der Darlegung des Schuldbegriffs geht Mezger von Kohlrausch aus¹⁹¹, der für den Bereich der ethischen Schuld nicht nach dem konkreten Andershandelnkönnen des individuellen Täters, sondern nach dem generellen Andershandelnkönnen einer Person in gleicher Lage fragt. Er lehnt diesen Lösungsversuch für die ethische Schuld ab. Für die juristische Schuld aber, die von der ethischen Schuld verschieden sei, ist die Sachlage nach Mezger eine andere¹⁹².

Mezger dient dabei als Ausgangspunkt die Erkenntnis, dass die Frage, ob der Täter als Individuum im Augenblicke der Tat hätte anders handeln können, empirisch nicht zu entscheiden sei. Zumindest fehle ein sicheres Kriterium dafür, wann diese Möglichkeit bestehe und wann nicht¹⁹³. Das praktische Leben und damit auch das Recht stelle aber an den Menschen als Glied der sozialen Gemeinschaft bestimmte normative Anforderungen. Diese richteten sich danach, was "man von einem Menschen in dieser äusseren und inneren Situation üblicherweise" fordern könne; denn das Recht als generelle (allgemeine) Regel des sozialen menschlichen Zusammenlebens müsse "generalisieren", d.h. auf allgemeingültige Begriffe und Gepflogenheiten abstellen". Es müsse sich an das halten, was "unter bestimmten 'typischen' Umständen 'möglich'" sei¹⁹⁴. Mezger folgert hieraus:

¹⁸⁸ A.a.O.

¹⁸⁹ A.a.O., § 59, Anm. I 2 a.

¹⁹⁰ A.a.O., Bem. 10 h cc vor § 51.

¹⁹¹ Studienbuch I, S. 136 ff.

¹⁹² A.a.O., S. 138; Lehrbuch, S. 251.

¹⁹³ Studienbuch I, S. 138.

¹⁹⁴ A.a.O., S. 138 f.

"Schuld im strafrechtlichen Sinne gibt es und gibt es insoweit, als nach den gesamten äusseren und inneren Umständen des Falles mit dem Urteil über die rechtswidrige Tat der Vorwurf verbunden werden kann, 'man' hätte unter diesen Umständen, 'anders handeln können'" ¹⁹⁵. Bei solcher Sachlage stehe die Schuld des individuellen Täters im Rechtssinne zunächst fest.

Mezger bejaht also den Schuldvorwurf bei Verfehlung des generellen Könnens, ohne dass es auf die Verfehlung des individuellen Könnens ankommt. Der Täter wird danach auch dann schuldig, wenn er als Individuum gar nicht anders handeln konnte, sobald er nur schlechter gehandelt hat, als "man" in seiner Lage gehandelt hätte. Diesen Schuldbegriff wendet Mezger aber bei der Bestimmung des Fahrlässigkeitsbegriffes insoweit selbst nicht an, als er dort erklärt, es seien in stärkerem Masse als im bürgerlichen Recht auch die "individuellen und subjektiven Umstände" zu berücksichtigen ¹⁹⁶.

4. Die Fahrlässigkeit ist nach Mezger eine Schuldform, sie ist "immer Schuld" ¹⁹⁷. Mezger erwähnt zwar, Welzel zeige "mit beachtlichen Gründen" ¹⁹⁸ näher auf, dass die Fahrlässigkeit in der herkömmlichen Umschreibung auch echte Unrechtsbestandteile enthält. Er äussert sich jedoch zu dieser Auffassung nicht weiter ¹⁹⁹.

Fahrlässig handelt nach Mezger jeder, den der Vorwurf trifft, "dass er eine ihm persönlich obliegende Sorgfaltspflicht missachtet und deshalb die Tat und ihre Folgen nicht vermieden hat" ²⁰⁰. Der Masstab der Fahrlässigkeit sei im Strafrecht stets ein "persönlich-individueller" ²⁰¹. Individuell bestimme sich sowohl die Beurteilung der erfolgten Pflichtverletzung als auch die Beurteilung der massgebenden Erfolgsbeziehung ²⁰².

Es gebe zahlreiche Betriebe und Tätigkeiten, etwa das Autofahren auf belebten Strassen, die trotz erheblicher Gefährlichkeit nicht verboten seien ²⁰³.

¹⁹⁵ A.a.O., S. 139.

¹⁹⁶ A.a.O., S. 192.

¹⁹⁷ A.a.O., S. 190.

¹⁹⁸ A.a.O., S. 189. In Studienbuch I, 6. Aufl. 1955, S. 181, fehlen diese Worte noch. In Studienbuch I, 8. Aufl. 1958, meint Mezger, Welzel suche dies mit beachtlichen Gründen aufzuzeigen.

¹⁹⁹ Siehe Studienbuch I, S. 189. Auch in LK, § 59, Anm. III 24, erwähnt Mezger zwar, der Gedanke, dass sich im "traditionellen Fahrlässigkeitsbegriff" auch echte Unrechtsmerkmale auswirken, gewinne mehr und mehr an Boden. Mezger bezieht jedoch hierzu nicht Stellung.

²⁰⁰ Studienbuch I, S. 190.

²⁰¹ A.a.O., S. 190; ebenso Lehrbuch, S. 357.

²⁰² Studienbuch I, S. 191 f.; Lehrbuch, S. 358 ff.

²⁰³ A.a.O.

Die "Verkehrssitte" gestatte hier ein gewisses Risiko²⁰⁴. Es bestehe nicht die Pflicht, die Gefährdung als solche generell zu vermeiden. Verschulden liege hier nur vor, wenn bei der konkreten Ausführung die gebotene Aufmerksamkeit ausser acht gelassen werde²⁰⁵.

Erwartet werde, wie in § 276 BGB, grundsätzlich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt²⁰⁶. Diese Sorgfaltspflicht werde aber eingeschränkt durch die gebotene Berücksichtigung der individuellen und subjektiven Umstände des Handelnden. Zu diesen rechnet Mezger vor allem auch die persönlichen Fähigkeiten des konkreten Täters²⁰⁷. Mezger stellt sich damit in Widerspruch zu seinem Schuldbegriff, bei dem er das individuelle Andershandelnkönnen nicht berücksichtigt²⁰⁸.

Hat der Täter trotz Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eine Rechtsgutsverletzung verursacht, so liegt nach Mezger kein fahrlässiges und damit kein schuldhaftes Handeln vor. Bei erlaubtem Risiko mit Verletzungserfolg ist also nach Mezger die Schuld ausgeschlossen, während das erlaubte Risiko als solches nicht verboten und daher nicht rechtswidrig ist. Daraus folgt, dass über die Rechtswidrigkeit erst ein Urteil ex post entscheiden kann. Dies aber widerspricht Mezgers eigener These, dass die Rechtswidrigkeit der Handlung schon im Augenblick der "Tat" feststehen muss²⁰⁹.

Berücksichtigt Mezger schon für den Umfang der Sorgfaltspflicht individuelle Gegebenheiten, so stellt er bei der Beurteilung der massgebenden Erfolgsbeziehung vollends auf den konkreten Täter ab²¹⁰; denn diese Erfolgsbeziehung liegt nach Mezger nur vor, "wenn und soweit der Täter bei pflichtmässigem Verhalten den Erfolg vorausgesehen hätte"²¹¹. Auch diese Auffassung lässt sich mit Mezgers Schuldbegriff nicht vereinbaren²¹².

²⁰⁴ Studienbuch I, S. 192; Lehrbuch, S. 358; LK, § 59, Anm. III 22.

²⁰⁵ A. a. O.

²⁰⁶ A. a. O.

²⁰⁷ Studienbuch I, S. 192; Lehrbuch, S. 359.

²⁰⁸ Siehe dazu S. 34 f.

²⁰⁹ GerS 89 (1924), S. 279. Mezger erwähnt zwar diese Auffassung in seinem Studienbuch I und seinem Lehrbuch nicht mehr. Er gibt aber nicht zu erkennen, dass er etwa von ihr abgetrickt ist.

²¹⁰ Studienbuch I, S. 191 f.; Lehrbuch, S. 360.

²¹¹ Studienbuch I, S. 192; ebenso Lehrbuch, S. 361.

²¹² Siehe S. 34 f.

ZWEITER HAUPTTEIL

Das sog. verkehrsrichtige Verhalten - ein Unrechtsproblem

1. Abschnitt

Das rechtliche Verbot

Vorbemerkung

Um der Lösung des Problems, ob ein sog. verkehrsrichtiges Verhalten, das ursächlich für eine Rechtsgutsverletzung wird, für die Frage der Tatbestandsmässigkeit, der Kausalität, der Rechtswidrigkeit, der Tatverantwortung oder der Schuld Bedeutung gewinnt, näher zu kommen, müssen wir vom rechtlichen Verbot¹ ausgehen. Wir wollen dabei zunächst nach dem möglichen Gegenstand dieses Verbots fragen. Daran wird sich die Erörterung anschliessen, zu welchem Zeitpunkt dieses Verbot feststeht und erkennbar ist. Schliesslich haben wir zu klären, unter welchen Voraussetzungen der mögliche Gegenstand des rechtlichen Verbots diesem Verbot unterliegt.

¹ Was hier und im folgenden vom rechtlichen Verbot gesagt wird, gilt mutatis mutandis auch vom rechtlichen Gebot, ohne dass wir dies jeweils besonders erwähnen.

I. Der Gegenstand des rechtlichen Verbots

1.

Gehen wir davon aus, dass eine Rechtsnorm verbietet, einen Menschen zu töten. Mit welchen Geschehensweisen befasst sich dieses generelle (abstrakte) Sollensurteil ², was ist - mit anderen Worten - möglicher Gegenstand dieses rechtlichen Verbots und damit der rechtlichen Normierung überhaupt, so lautet unsere erste Frage.

Einige Beispiele mögen in die Problematik einführen:

1. A wird während eines Gewitters von einem Blitz erschlagen.
2. X zerstört in einem Krampfanfall eine Sache des A.
3. B führt die Hand des X gewaltsam zum Abdrücken der auf das Herz des A gerichteten Pistole; A wird von der Kugel tödlich getroffen.
4. Dem X kommt der Gedanke, A zu töten.
5. X fasst den Entschluss, A zu töten.
6. X zielt mit einer Pistole auf das Herz des A; dieser wird von der Kugel tödlich getroffen ³.

2.

a) Alle Normen haben einen Adressaten, an den sie sich wenden und dem sie etwas gewähren bzw. verbieten oder gebieten ⁴. Dies trifft für die Rechtsnormen ebenso zu wie etwa für die Normen der Ethik. Wer dieser Normadressat ist, ergibt sich aus Sinn und Zweck der jeweiligen Norm bzw. der Ordnung, der diese Norm angehört.

Das Recht ist seiner Natur ⁵ nach eine Ordnung, die sich auf den menschlichen Bereich bezieht. Zwar herrscht auch in einem Ameisen- oder Termitenstaat ebenso wie etwa bei einem Bienenvolk eine Ordnung, die bis in Einzelheiten ausgeformt und durchgebildet sein mag. Wir sprechen jedoch im Tierreich

² Auf den Charakter der Strafrechtsnormen als Imperative (Ausdruck eines Willens, der auf etwas gerichtet ist, was nicht geschehen soll) kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. dazu neuestens Engisch, Unrechtstatbestand, S. 414, 422 f.

³ Dieses Beispiel ist M.L.Müller, Kausalzusammenhang, S. 22, entnommen.

⁴ Zum Begriff der Gebote und Gewährungen vgl. Nipperdey, BGB, S. 199 ff.

⁵ Der Begriff "Natur" wird hier im Sinne von "Wesen" und damit von "Wesens-eigenart" gebraucht. Über den verschiedenen Inhalt des Begriffs "Natur" vgl. Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre, 2. Aufl. 1959, S. 21 ff.

nicht von einer Rechtsordnung. Auch lebt der Mensch mit den Gebilden der organischen und der anorganischen Welt nicht in einem Rechtsverhältnis ⁶.

Das Recht ist weiter ein soziales Phänomen und erst im menschlichen Gemeinschaftsleben möglich ⁷. Es hat die Regelung des menschlichen Zusammenlebens zum Ziele ⁸. Wäre auf der ganzen Erde - etwa nach einem Atomkrieg - nur noch ein einziger Mensch am Leben, so hätte der Gedanke einer Rechtsordnung seinen Sinn verloren ⁹.

Aus Sinn und Zweck der Rechtsordnung ergibt sich somit, dass Normadressat dieser Ordnung nur der Mensch sein kann ¹⁰. Nicht aber ist möglicher Normadressat eines rechtlichen Imperativs auch ein anderes Lebewesen - ein Tier, eine Pflanze - oder eine Naturgewalt. Das Verhalten von Tieren bewegt sich vielmehr ebenso im rechtsleeren Raum wie die von Naturgewalten ausgehenden Kausalprozesse ¹¹. Daher kann die Rechtsordnung auch nur "menschliches", d.h. ein von einem oder mehreren Menschen ausgehendes Geschehen verbieten ¹².

⁶ Vgl. H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit (1911), S. 13.

⁷ Mezger, Studienbuch I, S. 7.

⁸ Vgl. dazu Fechner, Rechtsphilosophie (1956), S. 265; Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1903), S. 16; Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955), S. 51.

⁹ Dies gilt nur dann nicht, wenn man, wie dies gelegentlich geschehen ist, auch den Tieren und Pflanzen Rechte zuerkennt. Vgl. dazu K. Chr. Fr. Krause, Vorlesungen über Naturrecht, hgg. v. F. Mücke, 1892, S. 137 (zitiert nach E. Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre, 2. Aufl. 1959, Anm. 11 und 12): "die Thiere haben das Recht: nicht gequält zu werden, auf frohes und freies Lebensgefühl, auf angemessene Nahrung". "... ob die Pflanzen Rechte haben? Ja ... wenngleich auf der niedrigsten Stufe". Spricht man den Tieren und Pflanzen Rechte zu, so müsste man sie auch, da nur Rechtssubjekte Träger von Rechten sein können, als Rechtssubjekte anerkennen. Dies aber widerspricht unserer Rechtsordnung.

¹⁰ Ob jeder Mensch, für den die Norm ihrem Inhalte nach in Frage kommt, tauglicher Normadressat ist, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Vgl. hierzu die treffenden Ausführungen von Engisch, Unrechtstatbestand, S. 415; ferner Oehler, Zweckmoment, S. 31 ff.

¹¹ Engisch, ZStaatsW 108 (1952), S. 405.

¹² Vgl. Maihofer, Rittler-Festschrift 1957, S. 149:

"Alles Recht ist bezogen auf menschliches Verhalten". Ebenso Mezger, Studienbuch I, S. 86 f.

Nicht aber kann rechtlich verboten werden, dass A während eines Gewitters durch einen Blitz oder auf einem Spaziergang durch den Biss einer Giftschlange getötet wird (Beispiel 1); denn dieses Geschehen geht nicht von einem möglichen Normadressaten aus. Dem Blitz als solchem bzw. der Giftschlange aber kann eine sinnvolle Rechtsordnung nicht verbieten, A zu töten ¹³.

b) Die Rechtsordnung kann weiter nur ein solches "menschliches" Geschehen verbieten, das unter Mitwirkung des Bewusstseins zustandegekommen ist, nicht aber einen Vorgang, bei dem sich ein körperlich-physiologischer Reiz unmittelbar ohne Mitwirkung des Bewusstseins in eine Bewegung umsetzt; denn auf Körperbewegungen, die nicht durch eine Erregung motorischer Nerven durch seelischen Einfluss gekennzeichnet sind, kann der Mensch kraft seines menschlichen Soseins nicht einwirken. Er kann solche Körperbewegungen willentlich weder hervorrufen noch verhindern. Da dieses Geschehen aber ausserhalb menschlicher Einwirkungsmöglichkeit liegt, kann es auch nicht verboten werden. Daher unterfallen Reflexbewegungen nicht einer Verbotsnorm (Beispiel 2). Das Gebot, in einem Krampfanfall eine Tischdecke vom Tische zu reissen, könnte somit, wie Schmidhäuser ¹⁴ zutreffend ausführt, nur im Rahmen der Regieanweisung bei einem Schauspiel sinnvoll sein, in dem der Schauspieler den Krampfanfall willentlich vorzuspiegeln hätte.

c) Doch nicht einmal jedes menschliche Geschehen, bei dessen Zustandekommen das Bewusstsein mitgewirkt hat, kann die Rechtsordnung verbieten. So können dem rechtlichen Verbot nicht Körperbewegungen unterliegen, die unter dem Einfluss unwiderstehlicher Gewalt erfolgen. Bei diesen Geschehensweisen ist derjenige, der diese Bewegungen vollzieht, nur willenloses Werkzeug eines Menschen, eines anderen Lebewesens oder einer Naturgewalt (Beispiel 3). Das Charakteristikum dieser Geschehensweisen liegt darin, dass der unter dem Einfluss einer vis absoluta "Handelnde" infolge dieser äusseren Gewalt seinen Willen nicht frei betätigen kann ¹⁵.

d) Ferner ist ein Verbot von Gedanken, Gefühlen und Gesinnungen nur in sehr engen Grenzen möglich; denn der Imperativ, einen bestimmten Gedanken nicht zu fassen oder ein bestimmtes Gefühl zu unterdrücken, würde oft gerade bewirken,

¹³ Für das Rechtswidrigkeitsurteil ebenso Schaffstein, ZStrW 57 (1938), S. 312; vgl. auch A. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, I. Band (1867), S. 43 f.

¹⁴ Gesinnungsmerkmale im Strafrecht (1958), S. 146.

¹⁵ Auf die Frage, inwieweit ein Wille überhaupt frei gefasst werden kann, das Problem der Willensfreiheit, kann hier nicht eingegangen werden.

dass dieser Gedanke gedacht oder dieses Gefühl erlebt wird (Beispiel 4). Überspitzt formuliert, wäre das Verbot, einen bestimmten Gedanken zu denken, sogar in sich widerspruchsvoll, "da die notwendige Kenntnisaufnahme vom Verbot zugleich zum Vollzug des verbotenen Gedankens zwingt"¹⁶. Es trifft daher zu, dass Gedanken "zollfrei", d.h. nicht verboten sind¹⁷. Cogitationis poenam nemo patitur!

e) Die bisher erörterten Geschehensweisen sind dadurch gekennzeichnet, dass bei ihrem Zustandekommen entweder ein möglicher Normadressat fehlt (Beispiel 1) oder aber ein solcher zwar generell vorhanden ist, jedoch in der konkreten Situation kraft des menschlichen Soseins nicht anders "handeln" kann (Beispiele 2-4). Daher ist auch ein rechtliches Verbot dieser Geschehensweisen in einer sinnvollen Rechtsordnung nicht möglich. Ein rechtliches Verbot setzt vielmehr voraus, dass es dem Normadressaten "Mensch" auf Grund seines menschlichen Wesens - nicht auf Grund seiner persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten - bewusst und von ihm auch befolgt werden kann. Impossibilia nulla est obligatio. Daher können Gegenstand der rechtlichen Normierung nur bestimmte Willensakte sein, sei es solche, die auf eine Veränderung von Vorstellungen und Gesinnungen abzielen (sog. innere Willensakte), oder solche, die auf eine Veränderung der Aussenwelt abzielen (sog. äussere Willensakte)¹⁸.

aa) So könnte eine Norm den Willensakt des X verbieten, der in dem Entschluss besteht, A zu töten (Beispiel 5). Dieses Verbot stellt die Ethik auf. Das Recht bezweckt jedoch im Gegensatz zur Ethik die Regelung des äusseren, sozialen Zusammenlebens der Menschen. Die innere Einstellung als solche, der sich nicht in der Aussenwelt realisierende Wille allein, ist daher für die Frage nach dem Verstoß gegen eine Rechtsnorm unerheblich¹⁹. Die Gesinnung ist dem Recht zwar

¹⁶ Engisch, ZStaatsW 108 (1952), S. 407, Anm. 5.

¹⁷ Vgl. Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955), S. 40.

¹⁸ Vgl. dazu Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. Aufl. 1930, Art. Wille, insbes. S. 552.

¹⁹ § 11 des österreichischen Strafgesetzes in der Fassung der Kundmachung des Staatsamts für Justiz vom 3. November 1945 sagt: "Über Gedanken oder innerliches Vorhaben, wenn keine äussere böse Handlung unternommen, oder nicht etwas, das die Gesetze vorschreiben, unterlassen worden, kann niemand zur Rede gestellt werden". Diese für Verbrechen geltende Norm findet nach § 239 ÖStG auch auf Vergehen und Übertretungen Anwendung. Vgl. auch Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 1948, S. 8.

nicht gleichgültig; sie erlangt jedoch nur in Verbindung mit einem äusseren Verhalten Bedeutung²⁰. Damit ist dem X durch die Tötungsnorm auch nicht verboten, den Willen zur Tötung des A zu fassen.

bb) Die Rechtsnormen verbieten vielmehr einen Willensakt nur, wenn dieser in der Aussenwelt Veränderungen hervorruft, wenn er sich in der Aussenwelt, und sei es auch nur - wie bei der Vorbereitungshandlung und beim Versuch - zu einem Teil, realisiert (Beispiel 6). So kann das Verbot darin bestehen, die Pistole zum Zwecke der Tötung des A zu laden oder mit der geladenen Pistole auf das Herz des A zu zielen. Die Tötungsnorm kann X ferner verbieten, den Drücker der Pistole zu ziehen²¹. Hierbei handelt es sich stets um Willensakte, die sich nicht im Bereich des Psychischen erschöpfen, sondern nach aussen wirksam werden. Wir wollen sie daher Willensrealisierungen oder - mit Zippelius²² - Willensbetätigungen nennen²³. Durch ihr Verbot oder Gebot kann die Rechtsordnung auf die Aussenwelt einwirken, sofern und soweit diese von menschlichem Verhalten abhängig ist; denn durch die Willensbetätigungen wird ein bestimmtes menschliches Wollen in der Aussenwelt realisiert.

f) Ist der Wille aber einmal in die Aussenwelt umgesetzt, so folgt das sich anschliessende Geschehen biologischen, physikalischen oder chemischen Gesetzen. Nicht aber ist der nach diesen Naturgesetzen abrollende Kausalverlauf weiter vom menschlichen Willen abhängig. Der Normadressat "Mensch" ist an diesem Geschehen grundsätzlich nicht mehr beteiligt. Er kann nur empirisch die Gesetz-

²⁰ Vgl. Nipperdey, BGB, S. 202; Schönke, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1955, S. 4; Welzel, Gierke-Festschrift 1950, S. 290 ff. Es ist daher unscharf zu behaupten: "... die Rechtsforderung wendet sich gar nicht an die Gesinnung, sondern ausschliesslich an die Handlung" (N. Hartmann, Ethik, 3. Aufl. 1949, S. 423).

²¹ Vgl. M. L. Müller, Kausalzusammenhang, S. 22.

²² Unrechtslehre, S. 11.

²³ Dabei erscheint uns der Begriff "Willensrealisierung" treffender als der Terminus "Willensbetätigung"; denn der Begriff "Willensrealisierung" stellt eindeutig auf die Verwirklichung des Willens in der Aussenwelt ab, bringt also die in dem Begriff enthaltenen Komponenten (Wille und Realisierung des Willens) deutlich zum Ausdruck, während der Terminus "Willensbetätigung" die Gefahr in sich birgt, dass hierunter auch Willensakte verstanden werden, die nicht in der Aussenwelt zur Wirkung kommen, da auch bei solchen Willensakten der Wille "betätigt" wird.

mässigkeit des Kausalablaufs feststellen. So nimmt die Kugel, wenn X die auf das Herz des A gerichtete Pistole abgedrückt hat, unabhängig vom Willen des X ihren Lauf, an dessen Ende als Ergebnis der Tod des A steht. Da dieser Kausalverlauf grundsätzlich vom Willen des X nicht mehr beeinflussbar ist, kann er auch nicht verboten werden. Die Rechtsordnung könnte in diesem Stadium des Geschehens dem X nur die Betätigung eines Willens gebieten, der eine bestimmte Beziehung zur Vermeidung des "normalen" Kausalverlaufs aufweist. Sie könnte eine Norm aufstellen, die X gebietet, durch Zuruf zu versuchen, A zu veranlassen, zur Seite zu springen, bevor ihn die Kugel trifft. Das Verbot oder Gebot eines bestimmten Kausalverlaufs aber ist rechtlich nicht möglich, da dieses Geschehen grundsätzlich ausserhalb menschlicher Einwirkungsmöglichkeit liegt ²⁴.

g) Ebenso wenig kann die Rechtsordnung das Ende einer Kausalkette, den schliesslich eingetretenen Erfolg ²⁵, verbieten ²⁶. Das angebliche Verbot, einen Erfolg herbeizuführen, bedeutet vielmehr nichts anderes als das Verbot, einen Willen zu betätigen, dessen Realisierung eine bestimmt geartete Beziehung ²⁷ zur Herbeiführung dieses Erfolgs aufweist. Verboten ist also auch hier eine Willensbetätigung. Diese ist aber nicht um ihrer selbst willen untersagt, sondern nur deshalb, damit sie nicht einen Erfolg, den die Rechtsordnung als unwertig betrachtet, herbeiführt. Unschärf, da zu sehr auf den Erfolg abgestellt, ist daher die Formulierung Bodes ²⁸, die Rechtsordnung verbiete es, den Körper eines anderen zu verletzen. Ebenso unschärf ist die Behauptung Wimmers ²⁹: "Schädigung kann ja nur verboten sein, wenn sie durch eine verbotene Gefahrhandlung verursacht ist; war die

²⁴ Ebenso M. L. Müller, Kausalzusammenhang, S. 22 ff.; H. Mayer, Strafrecht, S. 132; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht (1958), S. 146; Zippelius, AcP 157 (1958/59) S. 398; Nipperdey, BGB, S. 1288.

²⁵ Unter dem Begriff "Erfolg" in dem hier und im folgenden gebrauchten Sinne verstehen wir nicht das Erfolgen, sondern den Effekt einer Willensrealisierung.

²⁶ Vgl. Hold v. Femeck, Die Rechtswidrigkeit I (1903), S. 387; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 65, 84; ders., ZStrW 69 (1957), S. 4; Larenz, Schuldrecht, Bes. Teil, S. 360. A. A. Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 59, Anm. X 6 b, und Brauneck, GA 1959, S. 261, die von einem "verbotenen Erfolg" sprechen, sowie Bindokat, JZ 1958, S. 555, der ebenfalls das "Verbotensein des schädlichen Erfolgs" bejaht.

²⁷ Siehe dazu S. 49 ff.

²⁸ DAR 1957, S. 173. Vgl. auch Boennecke, NJW 1960, S. 1188.

²⁹ DAR 1958, S. 147.

verursachende Gefahrhandlung aber erlaubt, so kann auch die Verletzung nicht verboten sein" ³⁰. Immerhin aber kommt bei Wimmer schon zum Ausdruck, dass entscheidend die "Gefahrhandlung", nicht die Verletzung ist.

h) Da die Rechtsordnung nur Willensrealisierungen verbieten kann, gibt es auch kein verbotenes Sein, keinen verbotenen Zustand. Der Begriff des Verbots und damit auch der Verbotsnorm ist sinngemäss dem Bereich des Nicht-tun-sollens vorbehalten ³¹. Er erstreckt sich nicht auch auf das Nicht-sein-sollen. Wenn man gleichwohl gelegentlich ungenau von einem verbotenen Zustand spricht, so ist hier nicht der Zustand als solcher verboten ³²; denn ein derartiges Verbot ist nicht möglich. Vielmehr wird in diesen Fällen, sofern der Zustand, den die Rechtsordnung als unwertig betrachtet, noch nicht eingetreten ist, einem oder einer Anzahl von Normadressaten verboten, eine auf die Herbeiführung dieses Zustands gerichtete Willensrealisierung vorzunehmen. Liegt der unwertige Zustand jedoch schon vor, so kann die Rechtsordnung nur mehr das Gebot aufstellen, eine Willensbetätigung vorzunehmen, die auf die Beseitigung dieses Zustands abzielt ³³.

Dieser Gedankengang findet sich in seinen Grundzügen schon bei H.A.Fischer ³⁴. Nach Fischer ist es zwar gesetzestechisch möglich, dass die Rechtsordnung bestimmte Zustände verbietet. Fischer fährt jedoch fort, hieraus ergebe sich "mittelbar", dass an die Rechtsunterworfenen das Verbot ergehe, solche Zustände herbeizuführen bzw. umgekehrt der Befehl, sie zu bewirken. Damit sind auch nach Fischer letztlich nur Willensrealisierungen verboten bzw. geboten.

3.

Zusammenfassend lässt sich daher sagen: Gegenstand des rechtlichen Verbots ist weder ein bestimmtes rein inneres Wollen - etwa der Wunsch, A zu töten - noch ein bestimmter Kausalverlauf - etwa der Flug der Pistolenkugel - noch ein bestimmtes Sein - wie der Tod des A -, sondern ein auf Grund eines bestimmten Wollens erfolgendes menschliches Verhalten, das zu einem bestimmten Kausalverlauf und dessen Ergebnis, einem bestimmten Sein, eine bestimmte Relation aufweist. Während die Rechtsordnung aber ein Wollen, das sich in der Aussenwelt nicht realisiert, verbieten könnte, ist das Verbot eines Kausalverlaufs nicht möglich, da dieser vom menschlichen Willen unabhängig und grundsätzlich unbeein-

³⁰ Vgl. auch Wimmer, NJW 1958, S. 523.

³¹ Gallas, ZStrW 67 (1955), S. 39, Anm. 77.

³² Vgl. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1903), S. 388.

³³ Näheres siehe S. 80 f.

³⁴ Die Rechtswidrigkeit (1911), S. 99.

flussbar, den Naturgesetzen folgend, seinen Lauf nimmt. Aus den gleichen Gründen kann auch ein Erfolg als solcher sowie ein Zustand nicht verboten werden. Nur durch das Verbot von Willensrealisierungen kann die Rechtsordnung auf den äusseren Geschehensablauf einwirken ³⁵. Alle Eigenschaften, Zustände und Körperbewegungen dagegen, über die der Mensch kraft seines menschlichen Soseins keine Gewalt hat, fallen als nicht imperativwidrig in den straffleeren Raum ³⁶. Auch die verbotenen Willensrealisierungen sind aber nicht um ihrer selbst willen verboten, sondern nur deshalb, damit durch sie kein rechtlich unwertiger Erfolg oder Zustand herbeigeführt wird ³⁷.

II. Der Zeitpunkt des rechtlichen Verbots

1.

Wir haben bisher festgestellt, dass Gegenstand des rechtlichen Verbots nur Willensrealisierungen sein können. Wir wollen im folgenden untersuchen, zu welchem Zeitpunkt das rechtliche Verbot dem Normadressaten "Mensch" kraft seines menschlichen Soseins erkennbar sein muss. Dabei bieten sich, ohne zunächst auf Sinn und Zweck der Rechtsordnung abzustellen, mehrere Möglichkeiten.

So wäre es denkbar, dass das rechtliche Verbot schon im Zeitpunkt der Realisierung des Willens feststellbar ist, ohne dass hierfür der sich an die Willensbetätigung anschliessende Kausalverlauf Bedeutung gewinnt ³⁸. Es könnte jedoch auch möglich sein, dass ein nach Betätigung des Willens eintretendes Ereignis,

³⁵ Vgl. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht (1958), S. 146; Zippelius, Unrechtslehre, S. 13; ders., NJW 1957, S. 1707; ders., AcP 157 (1958/59), S. 395.

³⁶ Engisch, ZStaatsW 108 (1952), S. 407.

³⁷ Vgl. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1903), S. 387; Oehler, Zweckmoment, S. 32. Treffend betont Oehler, a.a.O., der Strafgesetzgeber wolle durch seine Normen immer "prophylaktisch" wirken.

³⁸ In diesem Sinne etwa Engisch, Untersuchungen, S. 337, Anm. 23 unten; ders., Kausalität, S. 55; ders., MschrKrimBiol. 30 (1939), S. 421 f.; ders., ZStrW 58 (1939), S. 9; ders., Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, Abdruck aus: Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 4. Aufl. 1958, S. 1540; ders., Unrechtstatbestand, S. 419; Mezger, GerS 89 (1924), S. 279; M.L.Müller, Kausalzusammenhang, S. 23 f.; Niese, Finalität, S. 60; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 65, 84; Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht (1939), S. 81 f.; Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht (1878), S. 78, Anm. 20; Zippelius, Unrechtslehre, S. 16, 22.

etwa der Erfolg, das Verbot einer Willensrealisierung bedingt³⁹. Damit wäre zwar immer noch die Willensrealisierung als solche und nicht der Erfolg verboten; jedoch wäre das Verbot, da es durch den Erfolg bedingt ist, erst nach dessen Eintritt erkennbar.

Wir könnten damit zwischen absolut und bedingt verbotenen Willensrealisierungen unterscheiden. Bei ersteren wäre das Verbot schon im Zeitpunkt der Betätigung des Willens feststellbar, bei letzteren dagegen erst nach dem Eintritt des unwertigen Erfolgs. Die bedingt verbotenen Willensrealisierungen könnten nun entweder zunächst unverboden sein, jedoch, falls sie eine Rechtsgutsverletzung zur Folge haben, rückwirkend auf den Zeitpunkt der Betätigung des Willens verboten werden (suspensiv bedingt verbotene Willensrealisierungen⁴⁰) oder aber zunächst verboten sein, weil sie eine bestimmte Beziehung zu einem unwertigen Erfolg aufweisen, jedoch rückwirkend diesen Makel verlieren, wenn der betreffende Erfolg nicht eintritt (resolutiv bedingt verbotene Willensrealisierungen).

Möglich wäre ferner, dass bei einem Teil der Willensrealisierungen das Verbot ex ante, also nicht bedingt durch ein sich an die Realisierung des Willens anschließendes Ereignis, feststellbar ist, während bei einem anderen Teil das Verbot erst ex post, also aufschiebend oder auflösend bedingt erkannt werden kann. So hat Beling⁴¹ ursprünglich⁴² zwischen Handlungen unterschieden, die "quand même" erlaubt sind unabhängig davon, ob sie ursächlich für eine Rechtsgutsverletzung werden, und Handlungen, welche die Rechtsordnung nur insoweit erlaubt, als sie keinen schädigenden Erfolg bewirken.

Kann die Rechtsordnung nun zwischen den hier angedeuteten Möglichkeiten frei wählen oder ist sie gebunden?

2.

a) Es ist eine Erfahrungstatsache, dass jede Willensrealisierung, mag sie noch so sorgfältig erfolgen, die Möglichkeit, ursächlich für eine Rechtsgutsverletzung zu werden, in sich trägt⁴³. Jede Willensrealisierung verursacht eine zum minde-

³⁹ In diesem Sinne etwa Bindokat, JZ 1958, S. 555; R.v.Hippel, Strafrecht II, S. 194; v. Liszt-Schmidt, Strafrecht I, S. 279 u. das in Anm. 14 angeführte Beispiel; Maurach, Strafrecht I, S. 431 ff.; M.E. Mayer, Strafrecht, S. 200, Anm. 6; Stoll, JZ 1958, S. 142.

⁴⁰ Vgl. Binding, GerS 68 (1906), S. 1, insbes. S. 14.

⁴¹ Die Lehre vom Verbrechen (1906), S. 176 ff.

⁴² Beling hat diese Lehre in seinen "Grenzlinien", S. 36 f., ausdrücklich aufgegeben

⁴³ Dieser Gedanke ist schon angedeutet bei Binding. Die Normen und ihre Übertretung, 4. Band (1919), S. 433 f., und Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit (1910), S. 195; ebenso Zippelius, AcP 157 (1958/59), S. 397.

sten hypothetische Rechtsgutsverletzung. So kann ein Kraftfahrer, der alle Verkehrsvorschriften beachtet und sich in jeder Hinsicht sorgfältig verhält, dadurch eine Interessenverletzung verursachen, dass ihm ein Kind plötzlich vor den Wagen läuft, von diesem erfasst und getötet wird. Zwar wird nur bei einer verhältnismässig kleinen Zahl von Willensbetätigungen diese ihnen immanente Möglichkeit realisiert. Welche Verhaltensweisen aber eine Rechtsgutsverletzung bewirken, lässt sich im Zeitpunkt der Realisierung des Willens noch nicht sagen, da hierfür oft Umstände bestimmend werden, die unabhängig von der konkreten Willensbetätigung ihren Verlauf nehmen und von dieser auch nicht beeinflussbar sind. Wollte die Rechtsordnung alle Interessenverletzungen unterbinden, so müsste sie alle Willensrealisierungen verbieten, die für eine Interessenverletzung kausal werden, die also eine Bedingung für eine Rechtsgutsverletzung setzen ⁴⁴,

Eine solche Rechtsnorm könnte aber nicht befolgt werden; denn da jede Willensrealisierung eine Rechtsgutsverletzung verursachen kann, müssten, um der Rechtsordnung auf keinen Fall zuwiderzuhandeln, alle Willensrealisierungen unterlassen werden - eine Folge, die jeden Normadressaten zur völligen Untätigkeit zwänge, wobei aber selbst dann noch ungewiss wäre, ob nicht gerade diese Untätigkeit kausal für eine Rechtsgutsverletzung wird ⁴⁵. Treffend bringt diese Gedanken Engisch ⁴⁶ zum Ausdruck, der erklärt, es sei unmöglich, einen Imperativ zu befolgen, der laute: "Du sollst nicht auf andere Menschen in lebensgefährlicher Weise schießen, es sei denn, dass du sie nicht triffst".

Eine solche Rechtsnorm gäbe auch keine Antwort auf die Frage, wie man sich zu verhalten hat, um nicht gegen die Rechtsordnung zu verstossen. Sie würde den Fragenden vielmehr "mit einem Achselzucken" davonschicken ⁴⁷. Sie wäre unfähig, den Normadressaten zu sagen, was sie in einer bestimmten Lage zu unterlassen haben bzw. tun müssen. Es ist jedoch "allereigentlichste Aufgabe des

⁴⁴ Vgl. Zippelius, Unrechtslehre, S. 22.

⁴⁵ Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I, 2. Aufl. 1954, S. 126, führt hierzu aus: "Man müsste zu leben aufhören, wollte man alle Handlungen vermeiden, die geeignet sind, irgendeine Gefahr, insbesondere aber eine Gefahr für die körperliche Sicherheit herbeizuführen". Ähnlich Nipperdey, BGB, S. 1295; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, I. Band (1881), S. 317.; Heimberger, Strafrecht (1931), S. 63; Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955), S. 62.

⁴⁶ Untersuchungen, S. 337, Anm. 23 unten.

⁴⁷ Beling, Grenzlinien, S. 36.

Rechts" ⁴⁸, den Normadressaten Richtschnuren für ihr Verhalten ⁴⁹ zu geben; denn nur so können Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und damit ein geordnetes menschliches Zusammenleben gewahrt werden.

b) Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass das rechtliche Verbot schon im Zeitpunkt der Willensrealisierung dem Normadressaten "Mensch" kraft seines menschlichen Soseins erkennbar sein muss, dass also ein Verhalten schon in einer Situation absolut verboten bzw. unverboden sein muss, in der seine Folgen noch ungewiss sind; denn nur ein solches Verbot kann befolgt werden ⁵⁰. Nicht aber kann ein Imperativ in seiner Geltung für eine bestimmte Lage von einem Ereignis abhängig sein, das nach der Realisierung des Willens eintritt ⁵¹. Entscheidend ist damit für die personale Erkennbarkeit eines rechtlichen Verbots der Standpunkt der Prognose, der Standpunkt ex ante ⁵². Der Erfolg, den eine Willensrealisierung verursacht, hat auf das rechtliche Verbot keinen Einfluss, da dieses sonst erst ex post feststellbar wäre ⁵³. Dieser Gedanke kommt schon bei Dohna ⁵⁴ zum Ausdruck,

⁴⁸ Beling, a.a.O.; im gleichen Sinne Zippelius, Unrechtslehre, S. 22.

⁴⁹ Der Begriff "Verhalten", den wir hier und im folgenden des öfteren gebrauchen, bedeutet die Vornahme bzw. das Unterlassen einer Willensrealisierung. Er umfasst Willensbildung und Willensverwirklichung. So auch Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre (1949), S. 11.

⁵⁰ Treffend nennt daher Engisch, Unrechtstatbestand, S. 419, den Standpunkt ex ante ein Derivat des bekannten Grundsatzes "ultra posse nemo obligatur".

⁵¹ Vgl. dazu Engisch, MschrKrimBiol. 30 (1939), S. 421 f.; ders., Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, Abdruck aus: Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 4. Aufl. 1958, S. 1540.

⁵² Siehe für diese Lehre die in Anm. 38, für die entgegengesetzte Auffassung die die in Anm. 39 dieses Abschnitts angeführten Schriftsteller.

⁵³ Hiervon zu unterscheiden ist das Problem, ob der Handelnde als Individuum im Augenblick seiner Willensrealisierung das Verbot erkennt (siehe dazu Beling, Grenzlinien, S. 36). Das Verbot besteht auch dann, wenn der "Täter" diese Erkenntnis nicht hat bzw. infolge seiner individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht haben kann.

Ebenfalls zu trennen von der Frage nach dem Zeitpunkt des rechtlichen Verbots ist das Problem, welches Mittel geeignet ist, eine Rechtsgutsverletzung zu verhüten. Diese Frage kann nicht ex ante und generell, sondern nur ex post und von Fall zu Fall entschieden werden (siehe dazu Engisch, Untersuchungen, S. 352).

⁵⁴ Rechtswidrigkeit, S. 105.

der, allerdings nur für das Sondergebiet des ärztlichen Operationsrechts, ausführt, dass der Arzt schon bei Vornahme der Operation "im klaren sein" müsse, ob er in berechtigter Ausübung seines Berufs handelt, und nicht der Ausgang einer Operation darüber entscheiden könne, ob eine rechtmässige Heilung oder eine rechtswidrige Körperverletzung vorliegt. Da aber das Verbot einer Willensrealisierung schon ex ante und absolut, d.h. ohne aufschiebende oder auflösende Bedingung feststehen und erkennbar sein muss, ist für die Frage des Verbots einer Willensbetätigung nicht die wirkliche, reale Kausalität, sondern nur die mögliche, hypothetische Kausalität, nicht der zufällige wirkliche, sondern der zu erwartende wahrscheinliche Ausgang entscheidend⁵⁵.

3.

Jede Willensrealisierung ist daher - diese Folgerung ergibt sich aus den vorangegangenen Überlegungen - unabhängig von dem sich an sie anschliessenden Kausalverlauf verboten bzw. unverboden.

Wird trotz eines verbotenen Verhaltens kein Rechtsgut verletzt, so bleibt die Willensrealisierung gleichwohl verboten⁵⁶. Dies gilt für vorsätzliche wie für fahrlässige Delikte. Die Strafbarkeit ist damit aber, auch wenn Schuld vorliegt, noch nicht bejaht. Ob die Rechtsordnung eine Sanktion an solche Willensrealisierungen knüpft, kann vielmehr durchaus von einem ausserhalb des Verhaltens liegenden Ereignis abhängig gemacht werden. So ist auch nach unserer Rechtsordnung häufig ein bestimmter Erfolg, der sich in einer Rechtsgutsverletzung charakterisiert, Voraussetzung für die Strafbarkeit.

Andererseits bleibt eine nicht verbotene Willensrealisierung auch dann unverboden, wenn sie eine Rechtsgutsverletzung verursacht. Hier entfällt aber notwendig auch die Strafbarkeit, da diese eine verbotene Willensbetätigung voraussetzt. Zivilrechtliche Folgen dagegen können sich auch an ein solches Verhalten knüpfen.

Ist damit auch nur verbotenes Verhalten strafbar, so ist doch nicht jedes verbotene (schuldhaft) Verhalten strafbar.

III. Das Kriterium für das rechtliche Verbot

1.

Wir haben bisher Gegenstand und Zeitpunkt des rechtlichen Verbots erörtert und erkannt, dass nur Willensbetätigungen verboten sein können und dieses Verbot schon im Zeitpunkt der Realisierung des Willens absolut feststehen und feststellbar

⁵⁵ Engisch, ZStrW 58 (1939), S. 9.

⁵⁶ Vgl. Höpfner, ZStrW 23 (1903), S. 644; Zippelius, AcP 157 (1958/59), S. 398.

sein muss, unabhängig von dem sich anschliessenden Kausalverlauf. Welche Gesichtspunkte sind nun für das Verbot einer Willensrealisierung entscheidend, was ist das Kriterium für das rechtliche Verbot? Auch hier wollen wir das Problem durch einige Beispiele veranschaulichen:

1. X fährt verkehrsrüchtig auf einer unbelebten Strasse. A läuft, von X nicht bemerkt und auch objektiv unvorhersehbar, in dessen Wagen, wird von diesem erfasst und getötet.
2. X fährt unter Beachtung der Verkehrsvorschriften auf einer unbelebten Strasse. A läuft in objektiv unvorhersehbarer Weise vor seinen Wagen. X bemerkt dies jedoch infolge besonderer individueller Gegebenheiten, versucht aber weder auszuweichen noch zu bremsen, da er glaubt, er brauche auf das verkehrswidrige Verhalten des A nicht achten. A wird von dem Wagen erfasst und getötet.
3. X fährt, da er in Eile ist, verkehrswidrig in lebensgefährdender Weise auf einer belebten Strasse, verletzt aber dabei niemanden.

Hat X hier jeweils gegen die Tötungsnorm verstossen ⁵⁷?

2.

Jede Willensrealisierung kann eine Rechtsgutsverletzung verursachen. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob wir unter dem Begriff "Ursache" die *condicio sine qua non* ⁵⁸ oder die sog. gesetzmässige Bedingung ⁵⁹ verstehen. So ist das Verhalten des X in den Beispielen 1 und 2 jeweils ursächlich für den Tod des A.

Dies verkennt Nagler ⁶⁰, der auf Grund der von ihm vertretenen individualisierenden Kausallehre nur die im sozialen Zusammenhang für das Zustandekommen des Erfolgs ausschlaggebende Bedingung als Ursache im strafrechtlichen Sinne ansieht. Nach Nagler ist das Verhalten des X im Beispiel 1 nicht ursächlich für den Tod des A, da X die Verkehrsvorschriften beachtet hat. Nagler vermengt hier Fragen der Kausalität mit Problemen, die erst jenseits von dieser Bedeutung erlangen.

⁵⁷ Das Verhalten des X wird im folgenden nur hinsichtlich eines Verstosses gegen die Tötungsnorm untersucht. Ein Verstoß gegen andere Normen bleibt unberücksichtigt.

⁵⁸ So das RG in ständiger Rechtsprechung für das Strafrecht. Vgl. etwa RGSt (VStS) 44, 230 (244); 54, 349; 56, 343 (348); 61, 318 (319); 63, 211 (213).

⁵⁹ So Engisch, Kausalität, S. 21.

⁶⁰ Leipziger Kommentar, 6. Aufl. 1944, S. 55.

Obwohl jede Willensrealisierung mögliche Ursache für eine Interessenverletzung ist, kann die Rechtsordnung nicht alle Verhaltensweisen verbieten⁶¹; denn damit wäre das menschliche Handeln lahmgelegt⁶². Wir hätten dann jene "Museumswelt, die nur der Beschauung gewidmet wäre"⁶³. Die Rechtsordnung muss vielmehr eine Auswahl an Willensrealisierungen treffen, die sie verbietet. Diese hat an einem ex ante vorliegenden und erkennbaren Kriterium zu erfolgen; denn nur so kann das Verbot beachtet werden.

3.

So könnten wir zur näheren Charakterisierung verbotenen Verhaltens das Merkmal der Häufigkeit der durch eine Willensrealisierung verursachten Rechtsgutsverletzungen heranziehen. Wird aber eine Willensbetätigung mit einer gewissen Häufigkeit ursächlich für die Verletzung rechtlich geschützter Interessen, so weist sie eine bestimmte Gefährlichkeit im Hinblick auf diese Interessenverletzung auf. Eine Willensrealisierung mit diesem Gefährlichkeitsgrad aber ist geeignet, den unwertigen Erfolg mit Wahrscheinlichkeit herbeizuführen⁶⁴. Sie steht in typischem Zusammenhang mit diesem Erfolg, sie besitzt eine "generelle Tendenz"⁶⁵ auf diesen Erfolg hin. Das Verhalten ist im Hinblick auf diesen Erfolg adäquat⁶⁶. Damit ist nach dieser Auffassung die Adäquität⁶⁷ einer Willensrealisierung im Hinblick auf einen unwertigen Erfolg das Kriterium für das rechtliche Verbot. Dies hätte zur Folge, dass nur Willensrealisierungen - und zwar alle Willensbetätigungen -, die mit einem unwertigen Erfolg in adäquatem Zusammenhang stehen, verboten sind. Trifft dies für unsere Rechtsordnung zu?

⁶¹ So schon A. Merkel, Juristische Encyklopädie, 2. Aufl. 1900, § 687

⁶² Beling, Grenzlinien, S. 37; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, I. Band (1881), S. 317 f.; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 84; Nipperdey, BGB, S. 1295.

⁶³ Welzel, ZStrW 58 (1939), S. 516.

⁶⁴ Vgl. Engisch, Untersuchungen, S. 336 f.; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 65, 84.

⁶⁵ Engisch, Weltbild, S. 136.

⁶⁶ Vgl. dazu auch Engisch, Kausalität, S. 45 ff.

⁶⁷ Der Begriff "Adäquität" ist sachlich gleichbedeutend mit dem Terminus "Adäquanzt". Doch wird sprachlich nur der Ausdruck Adäquität der lateinischen Herkunft des Wortes gerecht; denn da das Verbum adaequare transitiv ist, also nach einem Akkusativobjekt verlangt, kann das davon abgeleitete Substantivum adaequantia auch "nur ein aktiv gleichmachendes Moment, aber niemals die Angepasstheit selbst ausdrücken" (H. Mayer, Strafrecht, S. 144, Anm. 39).

a) Nur die im Hinblick auf eine Rechtsgutsverletzung besonders gefährlichen Willensrealisierungen sind hinsichtlich dieser Interessenverletzung adäquat. Dies gilt auch für ihrer Art nach einzig dastehende gefährliche Sachlagen⁶⁸. Bei allen Verhaltensweisen dagegen, welche diese Gefährlichkeit nicht aufweisen, liegt es ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit, wenn auch im Bereich des Möglichen, dass sie eine Rechtsgutsverletzung verursachen. Sie sind daher auch nicht verboten, obwohl sie bei einem atypischen Kausalverlauf eine Interessenverletzung verursachen können⁶⁹. Das rechtliche Verbot erfasst vielmehr nur adäquates Verhalten⁷⁰. Alle jenseits davon liegenden Folgen sind "unvorhersehbarer und daher unbeherrschbarer Zufall"⁷¹.

b) Jedoch ist nicht jedes adäquate Verhalten verboten⁷². So gestattet die Rechtsordnung vielfach Willensrealisierungen, die das moderne Leben mit sich bringt, obgleich diese oft im Hinblick auf eine Rechtsgutsverletzung nicht ungefährlich sind⁷³. Dies gilt etwa für den Bereich des Strassenverkehrs sowie für zahlreiche

⁶⁸ Unzutreffend K. Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S. 272, der hier die Adäquität verneint. Wolff erkennt damit, dass für die Bejahung der Adäquität nicht die Häufigkeit eines bestimmten Verhaltens, sondern dessen Gefährlichkeit entscheidend ist.

⁶⁹ Für die Beurteilung der Gefährlichkeit einer Willensrealisierung ist also nicht der Erfolg bestimmend. Vom Erfolg her gesehen ist jede Willensbetätigung, die eine Rechtsgutsverletzung verursacht hat, gefährlich.

⁷⁰ Vgl. Engisch, Unrechtstatbestand, S. 423. Mezger, Studienbuch I, S. 71 ff. und Lehrbuch, S. 122 ff., will mit Hilfe der Relevanztheorie die atypischen Kausalverläufe ausscheiden. Diese Theorie dient der Feststellung, inwieweit die Kausalzusammenhänge strafrechtlich erheblich sind. Oehler, Zweckmoment, S. 70 ff., sucht die Einschränkung der Bedingungstheorie in der "objektiven Zweckhaftigkeit". Nur soweit die objektive Bezweckbarkeit der Handlung reiche, sei der Kausalzusammenhang "tatbestandsmässig und damit strafrechtlich relevant" (a.a.O., S. 72).

⁷¹ Welzel, Strafrecht, S. 43.

⁷² Der Auffassung von Dunz, NJW 1960, S. 510, der bei "gänzlich verkehrsrichtigem Verhalten" stets schon die Adäquanz verneint, kann nicht gefolgt werden.

⁷³ Treffend erklärt schon Thyren, Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie (1894), S. 126: "Die Zulässigkeit der menschlichen Handlungen richtet sich nicht allein nach deren Gefährlichkeit ... Vielmehr muss die Bedeutung der Handlung für die menschliche Gesellschaft gegen die Gefahr abgewogen werden".

technische, chemische und sonstige Betriebe, aber auch für das ärztliche Operationsrecht. Zwar ist die Wahrscheinlichkeit für das einzelne Individuum, durch die Teilnahme am Strassenverkehr eine Interessenverletzung zu verursachen oder zu erleiden, gering; die Wahrscheinlichkeit, dass irgendein Teilnehmer an diesem Verkehr trotz verkehrsrichtigen Verhaltens eine Rechtsgutsverletzung verursacht oder erleidet, ist jedoch, wie die Erfahrung zeigt, verhältnismässig gross⁷⁴. Ferner erlaubt die Rechtsordnung etwa, dass X auf A, der ihn mit einem Messer angreift, mit einer Stange einschlägt, obwohl das Verhalten des X in höchstem Masse im Hinblick auf eine Körperverletzung oder sogar Tötung des A gefährlich ist. Die Willensrealisierung des X ist hier aber infolge Notwehr gestattet.

c) Ist daher auch nur adäquates Verhalten verboten, so ist doch nicht jedes adäquate Verhalten verboten⁷⁵. Die Adäquität und damit die Typizität eines Verhaltens im Hinblick auf eine Interessenverletzung ist somit nicht das entscheidende Kriterium für das rechtliche Verbot. Dennoch ist sie bei der Frage nach dem Verbot, nicht aber bei der Frage nach der Kausalität einer Willensrealisierung zu erörtern. Sie ist eine Gefährlichkeitstheorie⁷⁶, eine "Theorie rechtlicher Relevanz"⁷⁷, da nur im Hinblick auf eine Rechtsgutsverletzung adäquate Willensrealisierungen für das Verbot eines Verhaltens Bedeutung gewinnen. Da aber nur verbotene Willensbetätigungen rechtswidrig sind⁷⁸, ist das Requisite des dem Erfolg adäquaten Verhaltens Bestandteil des Verbrechensmerkmals der Rechtswidrigkeit⁷⁹. Auch hier ist die Adäquität aber nicht abgrenzendes Merkmal zwischen Rechtmässigkeit und Rechtswidrigkeit, wie sie auch nicht abgrenzt

⁷⁴ Vgl. Engisch, Untersuchungen, S. 286.

⁷⁵ Für die Rechtswidrigkeit ebenso Engisch, Kausalität, S. 53, Anm. 2.

⁷⁶ Engisch, Untersuchungen, S. 74 f.; ders., Weltbild, S. 137.

⁷⁷ Mezger, Lehrbuch, S. 121 f.

⁷⁸ Siehe S. 67 ff.

⁷⁹ Vgl. Engisch, Kausalität, S. 52. In Mezger-Festschrift 1954, S. 157, nennt Engisch die Adäquität des Kausalzusammenhangs ein Tatbestandsergänzungsmerkmal. Auch nach Stoll, JZ 1958, S. 143, ist die Theorie der adäquaten Verursachung eine Rechtswidrigkeitstheorie. Ebenso lehnt Kitzinger, Juristische Aphorismen (1923), Nr. 27, S. 26, die Adäquität als Kausaltheorie ab und bejahrt ihre Bedeutung für die Rechtswidrigkeit. Desgleichen erklärt schon M.L. Müller, Kausalzusammenhang, S. 30, die adäquaten Kausaltheorien begingen den Fehler, die Adäquität als Merkmal des Kausalbegriffs zu verteidigen. Sie seien als Kausaltheorien falsch, als Theorien der objektiven Rechtsnormwidrigkeit jedoch richtig.

zwischen verbotenem und nicht verbotenem Verhalten. Hierfür muss vielmehr ein anderes Kriterium gefunden werden ⁸⁰.

4.

Wir sehen dieses Kriterium im Begriff der Sorgfalt und können sagen: Ein verbotenes Verhalten liegt nur vor, wenn der "Täter" eine bestimmte Sorgfalt nicht beachtet hat ⁸¹. Treffend erklärt Engisch ⁸², die Tötungsnorm sei identisch mit der Norm, Sorgfalt zur Vermeidung von Tötungen anzuwenden ⁸³. Die Tötungsnorm bringt dagegen weder zum Ausdruck, dass ein bestimmter Jemand nicht sterben, noch, dass er nicht jetzt und nicht an dieser oder jener Verletzung oder Krankheit sterben solle ⁸⁴. An welchem Masstab aber bestimmt sich die gebotene Sorgfalt, welcher Grad von Sorgfalt ist einzuhalten, um nicht gegen eine Rechtsnorm zu verstossen?

a) Da das Kriterium für das rechtliche Verbot ex ante erkennbar sein muss, ist nicht die zur Vermeidung einer Interessenverletzung notwendige Sorgfalt entscheidend; denn welcher Grad von Sorgfalt hierfür erforderlich ist, lässt sich erst nach Ablauf der sich an die Willensrealisierung anschliessenden Kausalkette, also nach Eintritt des Erfolgs, d.h. ex post beurteilen. Ebenso wenig kommt es auf die tatsächlich allgemein geübte, die übliche Sorgfalt an, da sonst auch eine herrschende Unsitte bestimmend werden könnte ⁸⁵. Vielmehr stellt die Rechtsordnung, da nur adäquate Willensrealisierungen verboten sind, grundsätzlich auf die Sorgfalt ab, bei deren Beachtung der Eintritt eines unwertigen Erfolgs ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt. Sie beurteilt sich nach den tatsächlichen Umständen, die im Zeitpunkt und am Ort der Willensrealisierung dem Täter bekannt waren, ergänzt durch diejenigen Umstände, welche zwar der Täter nicht kannte, die jedoch einem "einsichtigsten Menschen" erkennbar gewesen wären ⁸⁶.

⁸⁰ Siehe zum Verhältnis von Adäquität und Rechtswidrigkeit ferner Beling, Grenzlinien, S. 37 f.; ders., Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930, S. 36; K. Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S. 272.

⁸¹ Vgl. Engisch, Unrechtstatbestand, S. 422; K. Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S. 231.

⁸² Untersuchungen, S. 337.

⁸³ Unrichtig daher Bindokat, JZ 1958, S. 554, der die Übertretung des abstrakten Verletzungsverbots als hinreichenden Grund der Rechtswidrigkeit ansieht.

⁸⁴ Vgl. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1903), S. 387.

⁸⁵ Engisch, Konkretisierung, S. 279; H. Mayer, Strafrecht, S. 187; K. Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S. 231.

⁸⁶ Zur näheren Begründung dieses Sorgfaltsmasstabes siehe Engisch, Kausalität, S. 55 ff.; ders., Unrechtstatbestand, S. 429, insbes. Anm. 62.

b) Nicht immer jedoch fordert die Rechtsordnung diese Sorgfalt. Häufig begnügt sie sich mit geringeren Anforderungen, so dass trotz Adäquität des Verhaltens im Hinblick auf einen unwertigen Erfolg die rechtlich gebotene Sorgfalt beachtet ist ⁸⁷. So verstossen zahlreiche Willensrealisierungen, die Tatbestandsverwirklichungen nicht unerheblich begünstigen, nicht gegen Rechtsnormen ⁸⁸. Der Schluss von der Adäquität auf die Ausserachtlassung der gebotenen Sorgfalt ist daher nicht möglich ⁸⁹.

Dies gilt insbesondere auch für den modernen Strassenverkehr. Die Rechtsordnung könnte diesen ⁹⁰ denkgesetzlich generell verbieten ⁹¹, da er, wie die Erfahrung lehrt, selbst wenn jede dabei mögliche Sorgfalt beachtet wird, immer wieder Rechtsgutsverletzungen verursacht ⁹². Die Rechtsordnung hat jedoch von der Möglichkeit eines solchen Verbots keinen Gebrauch gemacht ⁹³. Sie billigt

⁸⁷ Vgl. Maurach, Strafrecht I, S. 441.

⁸⁸ Engisch, Untersuchungen, S. 286, 337.

⁸⁹ Vgl. Maurach, Strafrecht I, S. 163.

⁹⁰ Der Einfachheit halber wird hier von einem Verbot des Strassenverkehrs gesprochen. Genauer gesagt, würde es sich um ein Verbot von Willensrealisierungen handeln, die auf diesen Verkehr abzielen.

⁹¹ Eine solche Massnahme stünde freilich mit der modernen Entwicklung in größtem Widerspruch. Inwieweit eine Rechtsordnung solche tatsächlichen Gegebenheiten zu beachten hat, kann jedoch in diesem Zusammenhang nicht erörtert werden.

⁹² So wurden etwa infolge ihrer Gefährlichkeit aus Anlass der Katastrophe von Le Mans vom 11.6.1955, die als das schwerste Unglück in der Geschichte des Rennsports bezeichnet wird (P. Levegh raste mit einem Mercedes-Wagen nach einer Karambolage in die Masse der Zuschauer, wobei die Maschine explodierte und 82 Menschen getötet wurden), in Frankreich, Deutschland, Italien, Mexiko, der Schweiz und Spanien zahlreiche Autorennen verboten.

⁹³ Die Behauptung Welzels, Strafrecht, S. 74 und Bild, S. 24, das OberappG München habe noch 1861 den Betrieb einer Eisenbahn für "an sich rechtswidrig" erklärt, ist ungenau. Das OberappG hat in seiner Entscheidung vom 16.4.1861 (Reg.Nr. 606 60/61 = J.A.Seufferts Archiv Bd. 14, S. 354 ff.) nur die konkrete Handlung, welche die durch Funkenschlag der Lokomotive herbeigeführten Brandschäden verursacht hat, als "vom rein civilrechtlichen Standpunkt aus" unerlaubt qualifiziert. Ähnlich wie Welzel auch H. Mayer, Strafrecht, S. 187.

den Strassenverkehr vielmehr als dem modernen Leben entsprechend, da sie die dabei zu erwartenden Vorteile höher bewertet als die zu befürchtenden Nachteile ⁹⁴, und hat nur zahlreiche Vorschriften zu seiner Regelung aufgestellt.

Durch den Verzicht auf ein solches Verbot aber hat sich die Rechtsordnung insoweit bereits festgelegt, als damit eine Reihe von Willensrealisierungen, die bei der Teilnahme an diesem Verkehr vollzogen werden, keinem rechtlichen Verbot unterfallen. Es sind dies jene Willensbetätigungen, bei denen eine Interessenverletzung ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt, wobei die durch die Teilnahme am Strassenverkehr allein schon gegebene latente Gefahr für eine Rechtsgutsverletzung nicht berücksichtigt werden darf; denn die Teilnahme an diesem Verkehr ist von der Rechtsordnung nicht verboten ⁹⁵.

Dies verkennt May ⁹⁶, nach dessen Meinung sich die Rechtsprechung mit der Entscheidung ⁹⁷, bei einem verkehrsrichtigen Verhalten mit Verletzungserfolg schon die Rechtswidrigkeit zu verneinen, allzu fortschrittlich gibt. Fortschrittlich ist hier nur die Rechtsordnung, da sie den modernen Strassenverkehr nicht verbietet; denn damit sind alle jene Willensrealisierungen unverboden, die sich durch die Teilnahme an diesem Verkehr charakterisieren und die dabei gebotene Sorgfalt beachten.

Auch ist es nicht möglich, das Verhalten des Schädigers zeitlich in zwei Handlungen zu zerlegen. So unterscheidet Wussow ⁹⁸ zwischen der Tätigkeit des Fahrens an sich und dem Fahren von dem Augenblick an, in dem infolge des Zusammenstosses die Körperverletzung beginnt. Vielmehr liegt nur eine einheitliche Willensrealisierung vor, die nicht willkürlich zerrissen werden kann. Mit Recht bemerkt Nipperdey ⁹⁹ zu Wussows Auffassung, man könnte meinen, die Begriffsjurisprudenz treibe hier neue Blüten. Im Grunde läuft Wussows Lehre nur darauf hinaus, den Erfolg, die eingetretene Körperverletzung, als verboten und damit rechtswidrig zu erklären.

Ähnliches wie für den Strassenverkehr gilt für technische, chemische und sonstige Betriebe, wie schon Kitzinger richtig erkannt hat ¹⁰⁰. Nach Kitzinger sind, sofern die Errichtung einer Anlage erlaubt ist, auch die wesensnotwendig

⁹⁴ Treffend stellt schon R. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen (1895), S. 49 ff., in solchen und ähnlichen Fällen auf den Gedanken des überwiegenden Interesses ab.

⁹⁵ Vgl. Niese, Finalität, S. 60.

⁹⁶ NJW 1958, S. 1265.

⁹⁷ Siehe den in der Einleitung der vorliegenden Untersuchung angeführten Beschluss des GrZS vom 4. 3. 1957.

⁹⁸ NJW 1958, S. 893. ⁹⁹ BGB, S. 1284.

¹⁰⁰ Juristische Aphorismen (1923), Nr. 49, S. 48 f.

mit dem Betrieb dieser Anlage verbundenen gefährdenden und verletzenden Handlungen unverboden, selbst wenn sie einen besonderen strafbaren Tatbestand erfüllen; denn diese Handlungen seien als allgemeine Begleiterscheinungen des Erlaubten so eng mit dessen Wesen verbunden, dass die Rechtsordnung sie stillschweigend miterlaubt haben muss. Kitzinger spricht hier von einer Erscheinung des "selbstverständlichen Rechts" ¹⁰¹. Er erläutert jedoch nicht, was unter dem Begriff "wesensnotwendig", auf den es entscheidend ankommt, zu verstehen ist ¹⁰². In ähnlicher Weise stellt Dohna, von dem Gedanken ausgehend, dass der Gesetzgeber unmöglich jeden Eingriff in persönliche Rechtsgüter habe verhindern wollen, darauf ab, dass alles, was ein "vernünftiges Recht" nicht verbieten könne, ohne weiteres als unverboden zu betrachten sei ¹⁰³.

c) Eine Willensrealisierung ist auch dann verboten, wenn dem Täter "zufällig" bestimmte Umstände bekannt sind, ohne dass diese einem "einsichtigsten Menschen" erkennbar wären, nach denen eine Rechtsgutsverletzung nicht ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt ¹⁰⁴. Hat etwa ein Kraftfahrer konkrete Anhaltspunkte, die ein verkehrswidriges Verhalten eines Fussgängers erwarten lassen, so erfordert es die rechtlich gebotene Sorgfalt, seinen Willen auf eine Weise zu realisieren, welche die Wahrscheinlichkeit der von ihm erkannten möglichen Rechtsgutsverletzung zu verringern sucht ¹⁰⁵. So müsste X im Beispiel 2, um nicht gegen die Tötungsnorm zu verstossen, seinen Wagen etwa auf den Bürgersteig oder die linke Strassenseite lenken.

Es kann also zur Beachtung der rechtlich geforderten Sorgfalt sogar geboten sein, von bestimmten Verkehrsvorschriften abzuweichen ¹⁰⁶. Die Sorgfaltsprüfung

¹⁰¹ "Selbstverständliches Recht" ist nach Kitzinger, a.a.O., Nr. 4, S. 9, Recht, das kraft der für jede auf Willen und Willenserklärung beruhende Ordnung zwingenden Annahme besteht, dass das, was selbstverständlich ist, nicht ausdrücklich gesagt zu werden braucht. Aus dieser Begriffsbestimmung geht aber nicht hervor, was Kitzinger nun eigentlich als "selbstverständlich" betrachtet.

¹⁰² Vgl. auch H.A.Fischer, Die Rechtswidrigkeit (1911), S. 107.

¹⁰³ Verbrechenslehre, S. 34.

¹⁰⁴ Vgl. K.Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S. 262; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 59, Anm. X 6b und 10.

¹⁰⁵ Vgl. auch Dunz, NJW 1960, S. 508.

¹⁰⁶ So auch Engisch, Untersuchungen, S. 363, und die dort angeführte Rechtsprechung; Frank, Strafgesetzbuch, § 59, Anm. VIII 4; R.v.Hippel, Strafrecht II, S. 365 und VDA III, S. 571.

erschöpft sich nicht in der Einhaltung der Verkehrsgesetze¹⁰⁷. Sie ist nicht identisch mit der Beachtung der polizeilichen Fahrvorschriften. Die Begriffe "verkehrsrichtiges Verhalten" und "Beachtung der rechtlich gebotenen Sorgfalt" sind nur dann gleichbedeutend, wenn man unter verkehrsrichtigem Verhalten ein Verhalten versteht, das nicht allein an der Beachtung der besonderen Verkehrsvorschriften orientiert ist.

Diese Tatsachen verkennt Wussow¹⁰⁸. Nach seiner Meinung liegt auch bei verkehrsrichtigem Verhalten notwendig eine rechtswidrige, also auch verbotene Handlung vor, wenn dieses Verhalten eine Interessenverletzung verursacht, da sonst der ordnungsmässig den Verkehrsregeln nach auf der Strasse fahrende Kraftfahrer berechtigt sein müsste, ganz bewusst den leichtsinnig vor ihm auf dem Fahrdamm laufenden Fussgänger zu überfahren. Wussow übersieht hier, dass sich der Kraftfahrer, sobald er den Fussgänger bemerkt, trotzdem aber dessen Verletzung nicht zu verhindern sucht, nicht mehr der Rechtsordnung gemäss verhält. Weshalb diese Konstruktion "völlig gekünstelt"¹⁰⁹ sein soll, ist nicht ersichtlich¹¹⁰.

Das nicht verbotene Verhalten findet also dort seine Grenze, wo es eine für den Täter konkret erkennbare Verwirklichungsmöglichkeit einer Rechtsgutsverletzung mit sich bringt¹¹¹. Dagegen genügen das blosse Darandenken¹¹² und die blosse Hoffnung, einmal einen bestimmten Jemand zu töten, als solche nicht, um das Verhalten zu einem verbotenen zu stempeln. Daher ist auch die Willensrealisierung einer Frau nicht verboten, die den ihr lästigen Ehemann veranlasst, Arbeit in einem besonders gefährlichen Steinbruch aufzunehmen, in der Absicht, er möge dabei um Leben kommen, obwohl auch hier, wenn der Mann von einem Stein tödlich getroffen wird, die Adäquität zwischen dem Verhalten der Frau und

¹⁰⁷ Baumann, MDR 1958, S. 648; Bockelmann, NJW 1960, S. 1282.

¹⁰⁸ NJW 1958, S. 892.

¹⁰⁹ Wussow, a.a.O.

¹¹⁰ Auch Lehmann, Hedemann-Festschrift 1958, S. 189 f., und Boennecke, NJW 1960, S. 1188, orientieren offensichtlich den Begriff "verkehrsrichtig" nur an der Beachtung der besonderen Verkehrsvorschriften.

¹¹¹ Köhler, Fahrlässigkeit, S. 141 f.; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 59, Anm. X 6 b und 10.

¹¹² K. Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S. 262.

dem Tod des Mannes zu bejahen ist ¹¹³. Ebensovienig liegt bei dem vielzitierten Neffen, der seinem reichen Erbonkel eine Flugkarte schenkt in der Hoffnung, dieser werde bei einem Unfall zugrundegehen, eine verbotene Willensbetätigung vor, selbst wenn das Flugzeug abstürzt und der Onkel dabei tatsächlich ums Leben kommt ¹¹⁴.

d) Mit einem bislang noch nicht gebrachten Argument will Boennecke ¹¹⁵ die Behauptung, ein sog. verkehrsrichtiges Verhalten schliesse stets die Rechtswidrigkeit aus und könne daher auch nicht einem rechtlichen Verbot unterliegen, widerlegen. Nach Boennecke bestehen gegen diese Auffassung erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken; denn das Grundgesetz bestimme in Art. 19 Abs. 2, dass ein Grundrecht in keinem Falle in seinem Wesensgehalt angetastet werden dürfe, und Art. 2 Abs. 2 GG lege fest, dass jedermann das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit habe und dass in dieses Recht nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden dürfe. Ähnlich sei die Rechtslage nach Art. 14 Abs. 1 GG beim Eigentum.

Verfehlt ist zunächst der Hinweis Boenneckes auf Art. 14 Abs. 1 GG. Diese Bestimmung bezweckt den Schutz des Eigentums vor staatlichen Eingriffen. Bei einem sog. verkehrsrichtigen Verhalten mit Verletzungserfolg wird jedoch überhaupt nicht gewollt in das Eigentum eingegriffen, auch wenn dadurch die tatsächliche Substanz, die Sache als solche, beschädigt oder zerstört werden kann. Aber auch die Bedenken Boenneckes im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG sind unbegründet. Art. 2 Abs. 2 GG ist vornehmlich eine Schutzvorschrift gegen den staatlich legalisierten oder geduldeten Mord. Nicht aber will und kann das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit jedes lebensgefährliche Risiko aus

¹¹³ Das Beispiel ist entnommen aus Welzel, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl. 1949, S. 36. Siehe dazu auch Kitzinger, Juristische Aphorismen (1923), Nr. 44 = S. 41, wonach derjenige, der den Betrieb eines Bergwerks nur deshalb (ordnungsgemäss) eröffnet, weil er die dort nach statistischer Wahrscheinlichkeitsrechnung über kurz oder lang ausbrechende Katastrophe will, erlaubt handelt, obwohl er nur den Eintritt des unwertigen Erfolgs erstrebt. A. A. H. Mayer, Strafrecht, S. 188.

¹¹⁴ Vgl. hierzu auch v. Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhange (1871), S. 15, der in solchen Fällen die "Urheberschaft", und Oehler, Zweckmoment, S. 73, der hier, da das Moment des objektiv bezweckbaren Erfolgs fehle, den "tatbestandsmässigen Ursachenzusammenhang" verneint.

¹¹⁵ NJW 1960, S. 1189.

dem menschlichen Zusammenleben "hinwegfingieren" ¹¹⁶. Auch kann auf Grund des Art. 2 Abs. 2 GG nicht ein rechtmässiges Verhalten ex post zu einem rechtswidrigen, einem verbotenen werden, wenn es "zufällig" den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen verursacht. Damit aber liegt in der Auffassung, dass ein sog. verkehrsrichtiges Verhalten keinem rechtlichen Verbot unterliegt und daher auch nicht rechtswidrig ist, selbst wenn es eine Rechtsgutsverletzung verursacht, auch kein Verstoss gegen Art. 19 Abs. 2 GG, eine Bestimmung, die eine Sicherung gegen Eingriffe des Staates in den Wesensgehalt eines Grundrechts darstellt ¹¹⁷.

e) Wir haben damit folgendes Ergebnis gewonnen: Gegen eine Rechtsnorm verstösst nur, wer die rechtlich gebotene Sorgfalt nicht beachtet. "Um diese Konsequenz ist unter keinen Umständen herumzukommen" ¹¹⁸. Diese Sorgfalt ist weder identisch mit der faktisch möglichen noch mit der zur Vermeidung einer Interessenverletzung notwendigen noch mit der gerade üblichen Sorgfalt. Sie besteht vielmehr grundsätzlich darin, alle jene Willensrealisierungen zu unterlassen, die nach den am Ort des Verhaltens ex ante dem "Täter" bekannten Umständen, ergänzt durch die einem "einsichtigsten Menschen" erkennbaren Umstände, eine gewisse Gefährlichkeit ¹¹⁹ im Hinblick auf die Verletzung rechtlich geschützter Interessen aufweisen. Dabei spielt der Wahrscheinlichkeitsfaktor insofern eine besondere Rolle, als eine gefährliche Willensrealisierung nur vorliegt, wenn dafür eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht. Diese an der Typizität des Verhaltens orientierte Sorgfaltspflicht findet aber dort ihre Grenze, wo die Verpflichtung, bestimmte gefährliche Verhaltensweisen zu unterlassen, nicht besteht ¹²⁰. Treffend erklärt daher Engisch, das Verbot der Tötung sei gerichtet auf "Unterlassung

¹¹⁶ Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 2 Abs. 2, Rdn. 8 a.E.

¹¹⁷ Vgl. dazu Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957, Art. 19, Anm. II 2 u. V 7 c; Maunz, Deutsches Staatsrecht, Studienbuch, 9. Aufl. 1959, S. 107.

¹¹⁸ Engisch, Untersuchungen, S. 341.

¹¹⁹ Treffend erklärt Wimmer, NJW 1958, S. 521: "Dass der Täter eine derartige Gefahrhandlung setzt, macht den objektiven Handlungsunwert des fahrlässigen Verletzungsdelikts aus".

¹²⁰ Nach Köhler, Strafrecht, S. 178, kann bei einem nur verkehrsmässigen Risiko nicht von einer "Gefahr im Sinne des Strafrechts" gesprochen werden, selbst wenn die Wahrscheinlichkeit für eine Verletzung gross ist. Diese Auffassung ist abzulehnen, da sie den Gefahrbegriff unnötig spezialisiert.

derjenigen Handlungen, die lebensgefährlich sind, ohne erlaubtes Risiko zu sein" ¹²¹. Während also zwar ein Erfolg per se nicht verboten sein kann, ist doch zur Charakterisierung verbotenen Verhaltens grundsätzlich auf eine ex ante erkennbare Erfolgsbezogenheit zurückzugreifen ¹²², ¹²³.

f) Eine Willensrealisierung, welche die rechtlich geforderte Sorgfalt beachtet und deshalb nicht verboten ist, bleibt unverboden, auch wenn sie eine Rechtsgutsverletzung verursacht. Daher unterliegt das Verhalten des X im Beispiel 1 keinem rechtlichen Verbot. Unverboden ist auch das Verhalten des Y, der den Fussgänger A überfährt, da die Bremsen seines Wagens infolge eines von Y trotz Beachtung der gebotenen Sorgfalt nicht erkannten und auch einem "einsichtigsten Menschen" nicht erkennbaren Metallbruchs versagt haben ¹²⁴. Dieser Sachverhalt unterscheidet sich von Beispiel 1 dadurch, dass sich dort der Verletzte verkehrswidrig, hier aber dem Recht gemäss verhalten hat. Die von dem Fahrzeug des Y ausgehende "Betriebsgefahr" kann zwar die Grundlage für eine zivilrechtliche Haftung bilden. Sie kann aber nicht Basis für solche Rechtsfolgen sein, die ein verbotenes Verhalten voraussetzen.

Die Rechtsordnung billigt diese Interessenverletzungen zwar nicht, sie heisst diese Verletzungen nicht gut. Sie nimmt sie nur als unvermeidbare Folge in Kauf. Das gleiche gilt grundsätzlich von dem, der einen gefährlichen Betrieb eröffnet. Auch dieser will die dabei eintretenden unvermeidbaren Rechtsgutsverletzungen grundsätzlich nicht. Auch er nimmt sie nur als unvermeidbare Unglücksfälle in Kauf ¹²⁵.

Ist dagegen die rechtlich gebotene Sorgfalt verletzt, so ist der unter Nichtbeachtung dieser Sorgfalt realisierte Wille auch dann verboten, wenn er keine Rechtsgutsverletzung verursacht. Zwar setzen die fahrlässigen Erfolgsdelikte - von der Schuldfrage abgesehen - für die Bestrafung einen unwertigen Erfolg voraus; denn einen fahrlässigen Versuch kennt unser Strafgesetzbuch nicht. Gleichwohl aber bleibt auch bei ihnen die Willensrealisierung verboten. Daher hat X im Beispiel 3, da sein Verhalten lebensgefährdend war ¹²⁶, der Tötungsnorm zuwidergehandelt.

¹²¹ Unrechtstatbestand, S. 422

¹²² Vgl. Zippelius, NJW 1957, S. 1708

¹²³ Auf den Masstab der rechtlich geforderten Sorgfalt im einzelnen kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht eingegangen werden.

¹²⁴ Vgl. H. Mayer, Strafrecht, S. 105

¹²⁵ A. A. H. Mayer, Strafrecht, S. 187

¹²⁶ Auf diesen entscheidenden Gesichtspunkt stellt auch Engisch, Untersuchungen, S. 341, ab

g) Dieses Kriterium für das rechtliche Verbot ist zwar nicht im Strafgesetzbuch, wohl aber in § 276 Abs. 1 S. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs positiv-rechtlich festgelegt. Der dort enthaltene Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist identisch mit der rechtlich geforderten Sorgfalt. Nur wer diese ausser acht lässt, handelt verboten und damit nach § 276 Abs. 1 S. 2 BGB "fahrlässig".

Der Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB ist also - von der strafrechtlichen Betrachtungsweise aus gesehen - für das rechtliche Verbot von Bedeutung ¹²⁷. Er umschreibt weder eine Schuldart noch ein Schulselement ¹²⁸. Dieser objektive Fahrlässigkeitsbegriff ¹²⁹ ist vom subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff zu unterscheiden, der darauf abstellt, ob der Eintritt des schädigenden Erfolgs für den Täter kraft seiner persönlichen Fähigkeiten und Einsichten erkennbar war. Treffend spricht daher Boldt ¹³⁰ von einer "Mehrdimensionalität" und Welzel ¹³¹ von dem "Komplexbegriff" der Fahrlässigkeit ¹³², ¹³³. Infolge dieser Doppelnatur

¹²⁷ So auch Engisch, Untersuchungen, S. 344; ders., ZStrW 66 (1954), S. 370; H. Mayer, Strafrecht, S. 140, 270; Niese, Streik und Strafrecht (1954), S. 31 u. JZ 1956, S. 460; Schaffstein, ZStrW 57 (1938), S. 300; v. Weber, Grundriss, S. 83; Welzel, Strafrecht, S. 113 u. Bild, S. 31 f., ebenso schon Strafrecht, 3. Aufl. 1954, S. 96; K. Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S. 232.

¹²⁸ Vgl. Nipperdey, BGB, S. 1295, Anm. 75 a u. S. 1307 ff.

¹²⁹ Dunz, NJW 1960, S. 508, nennt das verkehrsrichtige Verhalten identisch mit der "objektiven Seite" der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Daraus geht hervor, dass Dunz diesem Sorgfaltsbegriff auch eine subjektive Seite zuspricht. Er sagt jedoch nicht, worin diese besteht.

¹³⁰ ZStrW 68 (1956), S. 372.

¹³¹ Strafrecht, S. 38; ebenso schon Strafrecht, 3. Aufl. 1954, S. 101 u. Bild, 1. Aufl. 1951, S. 7 f. Welzel will aber nunmehr den Begriff der Fahrlässigkeit "um der begrifflichen Klarheit willen" im Anschluss an § 276 BGB auf die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beschränken (Strafrecht S. 113; Bild, S. 32). Auch v. Weber, Grundriss, S. 83, nennt die Fahrlässigkeit einen "komplexen Begriff".

¹³² Vgl. auch Heitzer, NJW 1951, S. 829.

¹³³ Damit ist über den Fahrlässigkeitsbegriff des § 823 Abs. 1 BGB noch nichts gesagt; denn die strafrechtliche Begriffsbildung ist gegenüber der zivilrechtlichen autonom (vgl. dazu Engisch, Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, 1958, S. 70).

nennt Wolff die Umschreibung der Fahrlässigkeit mit Unterlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt "völlig unbrauchbar" ¹³⁴. Für die Schuldfrage ist nur der subjektive Fahrlässigkeitsbegriff massgebend, nicht aber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ¹³⁵, sei es diese allein ¹³⁶ oder zusammen mit den persönlichen Einsichten und Fähigkeiten des Täters ¹³⁷, ¹³⁸.

¹³⁴ Verbotenes Verhalten (1923), S. 221

¹³⁵ Vgl. Engisch, Unrechtstatbestand, S. 428; Heitzer, NJW 1951, S. 828

¹³⁶ So etwa v.Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II (1907), S. 448 ff.; Berner, Strafrecht, 18. Aufl. 1898, S. 129; Kohlrausch in Aschrott-v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs I (1910), S. 211 f.; ders., Sollen und Können, S. 24 ff.; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht (1900), S. 144, 158

¹³⁷ So etwa Allfeld, Strafrecht, 9. Aufl. 1934, S. 182 f.; Frank, Strafgesetzbuch, § 59, Anm. VIII 4-6; R. v. Hippel, Strafrecht II, S. 360 ff. u. VDA III, S. 567 ff.; Köhler, Strafrecht, S. 280 ff. u. Fahrlässigkeit, S. 132 (Bei Köhler wird der objektive Masstab der Fahrlässigkeit allerdings dadurch bedeutungslos, weil dieser durch den subjektiven Masstab nicht nur eingeschränkt, sondern auch erweitert werden kann. Köhler, der dies erkennt, will jedoch den objektiven Masstab auf Grund praktischer Erwägungen rechtfertigen. Vgl. Fahrlässigkeit, S. 138); v. Liszt-Schmidt, Strafrecht I, S. 272 ff.; M.E. Mayer, Strafrecht, S. 253 ff. u. Schuldhafte Handlung, S. 118 f.; Mezger, Studienbuch I, S. 191 f. u. Lehrbuch, S. 357 ff.; Oehler, Zweckmoment, S. 74 f.; Wimmer, NJW 1958, S. 521.

¹³⁸ § 18 des Entwurfs eines Strafgesetzbuches 1960 (Bundesrat-Drucksache 270/60) definiert die Fahrlässigkeit wie folgt: "Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt ausser acht lässt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist, und deshalb nicht erkennt, dass er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht" (Abs. 1: unbewusste Fahrlässigkeit). "Fahrlässig handelt auch, wer für möglich hält, dass er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, jedoch pflichtwidrig und vorwerfbar im Vertrauen darauf handelt, dass die Verwirklichung nicht eintreten werde" (Abs. 2: bewusste Fahrlässigkeit). In diesen Begriffsbestimmungen ist sowohl ein objektives als auch ein subjektives Element enthalten. Ob es sich hierbei um den Unterschied von Unrecht und Schuld im Bereich der Fahrlässigkeit handelt, lässt der Entwurf jedoch offen.

Vgl. auch Art. 18 Abs. 3 des Schweiz. Strafgesetzbuchs vom 21. Dez. 1937: "Ist die Tat darauf zurückzuführen, dass der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat, so begeht er das Verbrechen oder Vergehen fahrlässig. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist".

In neuerer Zeit haben einige Schriftsteller versucht, das Kriterium für das rechtliche Verbot an dem Gedanken der sozialen Adäquanz zu orientieren ¹³⁹. Nach der klassischen Begriffsbestimmung Welzels sind sozialadäquat alle Betätigungen, "die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens bewegen" ¹⁴⁰. Das sozialadäquate Verhalten ist damit durch die "Normalität" ¹⁴¹ der ihm zugrundeliegenden Situation gekennzeichnet. Für die Fahrlässigkeitsdelikte hat nach Welzel die soziale Adäquanz in § 276 Abs. 1 S. 2 BGB in dem Merkmal der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden ¹⁴². Die Beachtung dieser Sorgfalt bildet nach Welzel die Grenze zwischen sozialadäquatem und sozialinadäquatem Verhalten ¹⁴³.

Die Sozialadäquanz ist ein unsicherer, unbestimmter Begriff ¹⁴⁴. Sie bringt nicht zum Ausdruck, was der sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens entspricht. Sie ist ein "schillernder Begriff", unter dem sich "verschiedene rechtliche Erscheinungen verbergen" ¹⁴⁵. So ist die soziale Adäquanz nach Welzel auch bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale von Bedeutung ¹⁴⁶. Welzel selbst nennt sie ein "allgemeines Rechtsprinzip, dessen Bedeutung sich keineswegs auf das Strafrecht beschränkt, sondern die ganze Rechtsordnung erfasst" ¹⁴⁷. Der Gedanke der sozialen Adäquanz mag daher zwar in vielen Fällen ein wertvoller Auslegungsgrundsatz sein ¹⁴⁸. Er ist jedoch, gerade weil er so vielgestaltig

¹³⁹ Welzel, Strafrecht, S.73 f., 114 ff.; ders., Bild, S.23 f., 33 ff.; v. Weber, Grundriss, S. 84; Niese, Streik und Strafrecht (1954), S. 30 f.

¹⁴⁰ Strafrecht, 2. Aufl.1949, S.36; im gleichen Sinne schon ZStrW 58 (1939), S.516, 557 f.; Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen (1940), S.33; ebenso noch Strafrecht, 6. Aufl.1958, S.74

¹⁴¹ Gallas, ZStrW 67 (1955), S.22

¹⁴² Strafrecht, 2. Aufl.1949, S.86 und 6. Aufl.1958, S.113 f.; ebenso Niese, Streik und Strafrecht (1954), S.31

¹⁴³ Ebenso Niese, Finalität, S.61

¹⁴⁴ Vgl. Maurach, Strafrecht I, S.237 f. Auch Lehmann steht in Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl.1958, S.933, der sozialen Adäquanz ablehnend gegenüber.

¹⁴⁵ Stoll, JZ 1958, S.142

¹⁴⁶ Strafrecht, S.74

¹⁴⁷ A.a.O.; Bild, S.24

¹⁴⁸ Vgl. Mezger, LK, Bem. 10 h bb vor § 51

ist, weniger als der Begriff der rechtlich geforderten Sorgfalt, mit dem er allerdings in engstem Zusammenhang steht ¹⁴⁹, geeignet, als Kriterium für das rechtliche Verbot zu dienen ¹⁵⁰.

6.

Auch Maurach ¹⁵¹ lehnt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt als Kriterium für das rechtliche Verbot und die Rechtswidrigkeit ab. Da Maurach aber richtig erkennt, dass bei einem Verhalten, das diese Sorgfalt beachtet, nicht erst die an individuellen, persönlichen Maßstäben orientierte Schuld ausgeschlossen ist, muss er ein neues, nach unserer Auffassung entbehrliches Element in den Verbrechensaufbau einführen, die sog. Tatverantwortung. Wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet, handelt nach Maurach nicht "tatverantwortlich".

Maurach argumentiert zwar richtig ¹⁵², dass auf Grund der sozialen Nützlichkeit riskanter Betriebe noch nicht auf die Rechtmässigkeit aller hieraus resultierenden Folgen geschlossen werden kann ¹⁵³. Er erkennt auch klar, dass sich zwischen den Betrieb als solchen und den tatbestandsmässigen Erfolg stets als unmittelbare, allein tatbestandsrelevante Ursache die einzelne "Betriebshandlung" schiebt und dass diese nicht schon durch die soziale Nützlichkeit des Betriebs gedeckt wird. Unzutreffend ist jedoch der Schluss Maurachs, dass jede solche Betriebshandlung, die eine Rechtsgutsverletzung verursacht, "vom Unwerturteil 'rechtswidrig' mit ergriffen" wird ¹⁵⁴, also der rechtlichen Verbotsnorm unterfällt ¹⁵⁵. Maurach muss zu dieser Auffassung gelangen, da er das rechtliche Verbot vom Erfolg her bemisst. Für ihn ist das Verbot eines Verhaltens nicht ex ante erkennbar. Maurach ist damit auch der Weg, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt als Kriterium für das rechtliche Verbot zu erkennen, versperrt. Seine Feststellung von der Rechtmässigkeit des gefährlichen Betriebs als solchem aber ist rein "platonisch" und "ohne entscheidenden Wert" ¹⁵⁶.

¹⁴⁹ Engisch, Konkretisierung, S. 279.

¹⁵⁰ Nipperdey, NJW 1957, S. 1779, setzt die Begriffe "sozialadäquat", "verkehrsrechtlich richtig" und "im Verkehr erforderliche Sorgfalt" (im Sinne des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB) gleich. Damit aber wird der Begriff der sozialen Adäquanz überflüssig. Siehe auch Hafferburg, NJW 1959, S. 1399, der die Lehre von der Sozialadäquanz als eine "Weiterentwicklung der Lehre vom verkehrsrichtigen Verhalten zum Zweck einer besseren praktischen Handhabung" bezeichnet. Ein näheres Eingehen auf Begriff und Bedeutung der sozialen Adäquanz ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich. ¹⁵¹ Strafrecht I, S. 291 ff., 438 ff.

¹⁵² A. a. O., S. 435. ¹⁵³ Zu dem Problem, ob die Folge eines Verhaltens überhaupt rechtmässig oder rechtswidrig sein kann, siehe S. 71.

¹⁵⁴ A. a. O., S. 435.

¹⁵⁵ Vgl. dazu Fukuda, ZStrW 71 (1959) S. 44, Anm. 28.

¹⁵⁶ Schöнке-Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, § 59, Anm. X 6 b.

2. Abschnitt

Das Rechtswidrigkeits-, Unrechts- und Unwerturteil

Vorbemerkung

Wir haben bisher Gegenstand und Zeitpunkt des rechtlichen Verbots sowie das Kriterium für dieses Verbot darzulegen versucht. Wir haben nun weiter zu fragen, ob einer verbotenen Willensrealisierung kraft dieses Verbots eo ipso der Makel der Rechtswidrigkeit und des Unrechts anhaftet. Ferner ergibt sich das Problem, ob nur eine Willensbetätigung oder auch ein Erfolg als solcher rechtswidrig und unrecht sein kann ¹⁵⁷. Schliesslich ist auch die rechtliche Bedeutung des Begriffs "Unwert" zu klären. Der Lösung dieser Fragen dienen die folgenden Ausführungen.

¹⁵⁷ Wir beschäftigen uns im folgenden allein mit dem für den Deliktaufbau massgebenden Rechtswidrigkeitsbegriff, ohne dies jeweils besonders zu betonen.

I. Das Rechtswidrigkeitsurteil

1.

Ein Geschehen ist nur verboten, wenn es dem Tatbestand ¹⁵⁸ einer Rechtsnorm subsumiert werden kann. Unter Rechtsnormen sind dabei die objektiven Verbote und Gebote unserer Rechtsordnung zu verstehen ¹⁵⁹, also diejenigen rechtlichen Verbote und Gebote, die allgemein gefasst sind ¹⁶⁰. Wer gegen eine solche Norm verstösst, handelt normwidrig. Da ein Verstoss gegen eine Rechtsnorm vorliegt, können wir ein derartiges Verhalten auch als rechtsnormwidrig bezeichnen.

Damit ist jedes verbotene Geschehen rechtsnormwidrig. Ein nicht verbotenes Geschehen dagegen kann, da es dem Tatbestand einer Rechtsnorm nicht subsumierbar ist, auch nicht rechtsnormwidrig sein, d.h. nicht im Widerspruch zu den Normen des Rechts stehen.

Ein Verstoss gegen ein rechtliches Verbot liegt aber - diese Erkenntnis haben wir im vorigen Abschnitt gewonnen - nicht schon vor, wenn der Täter die besonderen positiven Tatbestandsmerkmale ¹⁶¹ einer Norm erfüllt. Er muss vielmehr weiter die rechtlich geforderte Sorgfalt ausser acht gelassen haben. Ferner darf kein Erlaubnissatz eingreifen. Erst dann ist sein Verhalten verboten und die Rechtsnorm verletzt.

Die Rechtsnormwidrigkeit ist damit von der Tatbestandsmässigkeit, sofern man unter dieser nur die Erfüllung der besonderen positiven Tatbestandsmerkmale versteht, zu trennen. Diese Unterscheidung trifft schon Dohna ¹⁶², der erklärt, dass eine Handlung, die sich als "richtiges Mittel zu einem richtigen Zweck" erweist, zwar tatbestandsmässig sein kann, "niemals aber den Normen des Rechts widerstreitet". Auch Lange ¹⁶³ bejaht die Normwidrigkeit erst, wenn der Täter hinter dem zurückgeblieben ist, was in seiner Lage von "seinesgleichen" zu verlangen war. Da aber die Rechtsnormwidrigkeit nicht schon mit der Erfüllung der besonderen positiven Tatbestandsmerkmale vorliegt, sondern erst, wenn der Täter

¹⁵⁸ Der Begriff "Tatbestand" ist hier als Gegensatz zur Rechtsfolge, als Rechtssatzelement gebraucht.

¹⁵⁹ Zippelius, NJW 1957, S.1707; ders., AcP 157 (1958/59), S. 393.

¹⁶⁰ Engisch, Einführung, Anm. 10.

¹⁶¹ Vgl. zu diesem Begriff S. 85 f.

¹⁶² Verbrechenslehre, S. 30 f.; ebenso schon Recht und Irrtum (1925), S.14. Dohnas Auffassung hat ihre Grundlage in der sog. formalen Maxime (vgl. Rechtswidrigkeit, insbes. S. 38 ff.).

¹⁶³ Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, Kommentar, 42. Aufl. 1959, § 59, Anm. IV 4.

die rechtlich geforderte Sorgfalt ausser acht gelassen hat¹⁶⁴ und keine Gestattungsnorm eingreift, ist sie identisch mit dem Begriff der Rechtswidrigkeit als eines Verstosses gegen die Rechtsordnung als ganzer¹⁶⁵.

Demgegenüber unterscheidet Larenz¹⁶⁶, allerdings unter ausdrücklicher Beschränkung auf das Zivilrecht, zwischen Normwidrigkeit und Rechtswidrigkeit. Ein Verhalten kann nach Larenz zivilrechtlich entweder deshalb rechtswidrig sein, weil es "normwidrig, d.h. unerlaubt" ist, oder deshalb, weil es, obschon vielleicht "gebotsrichtig, d.h. normgemäss", einen der Rechtsordnung unerwünschten Erfolg herbeigeführt hat. Der Begriff "rechtswidrig" ist damit gegenüber dem Terminus "normwidrig" für Larenz der Oberbegriff. Jedes normwidrige Geschehen ist nach Larenz auch rechtswidrig; nicht aber ist jedes rechtswidrige Geschehen normwidrig. Larenz anerkennt jedoch, dass sich das Strafrecht mit einem Rechtswidrigkeitsbegriff begnügen kann, der "allein auf das gebotswidrige Verhalten abstellt"¹⁶⁷.

Da bei einem Verhalten, das die besonderen Verkehrsvorschriften beachtet, nicht immer auch die rechtlich gebotene Sorgfalt beachtet ist, vielmehr die Einhaltung dieser Sorgfalt manchmal gerade ein Abweichen von diesen Vorschriften erfordert¹⁶⁸, wird unsere Auffassung von der Kritik Bettermanns¹⁶⁹, der Bundesgerichtshof setze in seinem Beschluss vom 4. 3. 1957 die Begriffe Verkehrsmässigkeit und Rechtmässigkeit gleich und komme dadurch zu einem falschen Ergebnis, nicht berührt¹⁷⁰.

Wir können damit abschliessend feststellen: Jedes verbotene Geschehen ist normwidrig, rechtsnormwidrig und rechtswidrig; denn diese Begriffe in dem dargelegten Sinne sind identisch. Eine imperativwidrige Willensrealisierung ist

¹⁶⁴ So schon angedeutet bei Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit (1910), S. 196; ferner Henkel, Mezger-Festschrift 1954, S. 283.

¹⁶⁵ Vgl. hierzu die Lehre Dohnas, Rechtswidrigkeit, S. 54, wonach nur ein in der konkreten Situation unrichtiges tatbestandsmässiges Verhalten rechtswidrig ist. Unrichtig aber nennt Dohna, a.a.O., S. 77 f., ein Verhalten nur, wenn die erforderliche Prüfung und Sorgfalt nicht beachtet wurde.

¹⁶⁶ Schuldrecht, Bes. Teil, S. 364 f.

¹⁶⁷ A.a.O., S. 365.

¹⁶⁸ Siehe dazu S. 57 f.

¹⁶⁹ NJW 1957, S. 986.

¹⁷⁰ Inwieweit diese Kritik für den Beschluss des Grossen Zivilsenats zutrifft, kann hier dahingestellt bleiben.

eo ipso auch rechtswidrig, da sie den Rechtsnormen zuwiderläuft ¹⁷¹. "Rechtswidrig heisst also soviel als normwidrig" ¹⁷².

2.

Mit dieser Auffassung steht die Lehre Welzels ¹⁷³ inhaltlich nur scheinbar in Widerspruch. Welzel unterscheidet zwischen Normwidrigkeit und Rechtswidrigkeit. Die Normwidrigkeit ergibt sich nach Welzel aus der Verwirklichung des im Tatbestand begrifflich umschriebenen Verhaltens einer Verbotsnorm. Die Rechtswidrigkeit dagegen ist der Widerspruch einer Tatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als ganzer. Welzel folgert daraus, dass zwar jede Tatbestandsverwirklichung normwidrig, nicht aber rechtswidrig ist, da die Rechtsordnung nicht nur aus Verboten und Geboten, sondern auch aus Erlaubnissätzen besteht.

Welzel weicht von unserer Auffassung nur insoweit ab, als er ein Verhalten, das die besonderen positiven Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm erfüllt, schon als normwidrig bezeichnet. Wir dagegen bejahen die Normwidrigkeit erst, wenn der Täter die rechtlich geforderte Sorgfalt ausser acht gelassen hat und keine Gestattungsnorm eingreift. Das Merkmal der rechtlich geforderten Sorgfalt und die rechtlichen Erlaubnissätze sind nach unserer Auffassung der einen spezifischen Tatbestand umschreibenden Norm immanent und nur aus Gründen der Übersichtlichkeit und Vereinfachung nicht in jeder Norm gesondert aufgeführt. Welzel muss diese Auffassung verschlossen bleiben, da er den Begriff der Tatbestandsmässigkeit, mit dem er den Terminus "Normwidrigkeit" gleichsetzt, auf die Erfüllung der besonderen positiven Tatbestandsmerkmale beschränkt ¹⁷⁴. Welzel sieht daher zwar den Unterschied zwischen seinem Normwidrigkeitsbegriff und der Rechtswidrigkeit der Sache nach richtig. Die Abweichung von unserer Auffassung besteht nur darin, dass er dem Begriff der Normwidrigkeit einen anderen Inhalt gibt, als wir dies für richtig halten.

3.

Da rechtsnormwidrig und damit rechtswidrig bzw., was das gleiche bedeutet, widerrechtlich ¹⁷⁵ nur verbotenes Geschehen sein kann ¹⁷⁶, sind Gegenstand des

¹⁷¹ So auch Engisch, MschrKrimPsych. 23 (1932), S.424; vgl. neuestens Engisch, Unrechtstatbestand, S.414.

¹⁷² Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I, 2. Aufl. 1954, S.115.

Ebenso Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. 1932, S.144.

¹⁷³ Strafrecht, S.46 f.; Bild, S.15 f. ¹⁷⁴ Strafrecht, S.46 f., 70 f.

¹⁷⁵ Nipperdey, BGB, S.1277; Boennecke, NJW 1960, S.1188.

¹⁷⁶ Vgl. dazu Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1. Band, 4. Aufl. 1922, S.132; Lehmann, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 1960, S.322; Nipperdey, BGB, S.1289; Zippelius, NJW 1957, S.1707.

Rechtswidrigkeitsurteils nur bestimmt geartete menschliche Verhaltensweisen¹⁷⁷, bestimmt geartete Willensrealisierungen. Das Rechtswidrigkeitsurteil bezieht sich daher ebensowenig wie das rechtliche Verbot auf Naturereignisse¹⁷⁸. So kann, wenn A vom Blitz erschlagen wird, nicht von einem rechtswidrigen Vorgang gesprochen werden, obwohl das Leben des A, ein vom Recht anerkannter und geschützter Wert, vernichtet wird¹⁷⁹. Dem Rechtswidrigkeitsurteil unterliegen auch nicht Reflexbewegungen, Gedanken, unter vis absoluta getätigte Verhaltensweisen sowie innere Willensakte; denn diese Geschehensweisen sind nicht verboten¹⁸⁰.

Doch selbst von den nach aussen wirksamen Willensakten, den Willensrealisierungen, sind rechtswidrig nur diejenigen, welche die rechtlich geforderte Sorgfalt ausser acht lassen. Wenn daher X mit seinem Kraftwagen A überfährt, da infolge eines unvorhersehbaren Metallbruchs die Bremsen seines Wagens versagt haben, er aber die gebotene Sorgfalt beachtet hat, so ist zwar ein rechtlich geschütztes Interesse verletzt; dennoch aber hat X nicht rechtswidrig gehandelt¹⁸¹. Wir können eine solche nicht rechtswidrige Rechtsgutsverletzung im Gegensatz zum Unrecht als Unglück bezeichnen¹⁸². H. Mayer nennt sie nicht unzutreffend ein "blosses Naturereignis"¹⁸³. Engisch sieht solche Fälle als

¹⁷⁷ Vgl. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1903), S. 387; Armin Kaufmann, JZ 1955, S. 40; Lehmann, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 1960, S. 322; Nipperdey, BGB, S. 1288 f.; Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955), S. 52.

¹⁷⁸ A. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, I. Band (1867), S. 43 f., Nowakowski, ZStrW 63 (1951), S. 321; Schaffstein, ZStrW 57 (1938), S. 312.

¹⁷⁹ Auch Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I, 2. Aufl. 1954, S. 120, erkennt richtig, dass Wirkungen, die von Tieren oder der unbelebten Natur ausgehen, weder als rechtswidrig noch als nicht rechtswidrig bezeichnet werden können. Treffend spricht schon Mezger, GerS 89 (1924), S. 246, von dem "Gespenst der widerrechtlich waltenden Natur".

¹⁸⁰ Siehe S. 38 ff.

¹⁸¹ Das heisst nicht, dass sich an einen solchen Sachverhalt nicht bestimmte Rechtsfolgen knüpfen können; denn X hat den Tod des A zwar nicht rechtswidrig verursacht, immerhin aber verursacht. Ausgeschlossen sind nur solche Folgen, die ein rechtswidriges Verhalten voraussetzen.

¹⁸² Siehe dazu Niese, Streik und Strafrecht (1954), S. 30 f.; ders. JZ 1956, S. 460; Nipperdey, NJW 1957, S. 1778; ders., BGB, S. 1296.

¹⁸³ Strafrecht, S. 105.

"Schicksal" an ¹⁸⁴. Paradox wäre es, hier von einem "erlaubten Unrecht" zu sprechen; denn diese beiden Begriffe schliessen sich aus.

Da nur Willensrealisierungen rechtswidrig sein können, gibt es auch keinen rechtswidrigen Erfolg ¹⁸⁵. Die Rechtswidrigkeit ist nicht "Ausdruck einer Wertung des äusseren Erfolges" ¹⁸⁶. Der Erfolg als solcher kann nicht einmal als Kriterium für die Rechtswidrigkeit herangezogen werden; denn wie das rechtliche Verbot, so muss auch die Rechtswidrigkeit schon ex ante, d.h. im Zeitpunkt der Realisierung des Willens feststehen und erkennbar sein ¹⁸⁷. Nicht aber beurteilt sie sich vom Erfolg her ¹⁸⁸. Die Verursachung des Erfolgs genügt nicht zur Begründung der materiellen Rechtswidrigkeit ¹⁸⁹. Nicht jedes menschliche Verhalten, das einen unwertigen Erfolg verursacht, ist rechtswidrig ¹⁹⁰. Der Schluss vom verletzenden Erfolg auf die Rechtswidrigkeit ist entgegen M.E.Mayer ¹⁹¹ ebenso trügerisch wie der Schluss vom gefährlichen Erfolg auf die Rechtswidrigkeit. Der Erfolg ist für das Rechtswidrigkeitsurteil unwesentlich, "obwohl er so gerne das Rechtsgefühl beeinflusst und, wie man wohl sagen darf, irritiert" ¹⁹². Ein den Verkehrsvorschriften entsprechendes Fahren wird nicht in dem Augenblick und deshalb rechtswidrig, in dem und weil ein Kotflügel des Kraftwagens einen Passanten verletzt ¹⁹³. Nicht die Verursachung eines missbilligten Erfolgs, die Rechtsgutsverletzung, der sog. Erfolgsunwert, ist das wesentliche, konstituierende Element der Rechtswidrigkeit, sondern der sog. Handlungsunwert, der bei den fahrlässigen Delikten in der Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt besteht ¹⁹⁴, ¹⁹⁵.

-
- ¹⁸⁴ Unrechtstatbestand, S. 419 (unter Beschränkung auf den ärztlichen Eingriff). Vgl. auch Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 4. Band (1919), S. 449 f.
- ¹⁸⁵ So schon Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1903), S. 387; ebenso Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 65, 84; a. A. Bindokat, JZ 1958, S. 554; Nowakowski, ZStrW 63 (1951), S. 322 f.; K. Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S. 186 ff.
- ¹⁸⁶ So Hohenleitner, Rittler-Festschrift 1957, S. 186; in gleichem Sinne Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, S. 933, für das Zivilrecht.
- ¹⁸⁷ Vgl. Mezger, GerS 89 (1924), S. 279; Oehler, Sauer-Festschrift 1949, S. 264.
- ¹⁸⁸ A. A. R. v. Hippel, Strafrecht II, S. 194; Larenz, Schuldrecht, Bes. Teil, S. 360, 364 f. (nur für das Zivilrecht); v. Liszt-Schmidt, Strafrecht I, S. 279 und das in Anm. 14 angeführte Beispiel, M.E.Mayer, Strafrecht, S. 200, Anm. 6.
- ¹⁸⁹ Baumann, MDR 1957, S. 648.
- ¹⁹⁰ Abzulehnen daher Hohenleitner, Rittler-Festschrift 1957, S. 186; Richter, NJW 1958, S. 1171. ¹⁹¹ Strafrecht, S. 200, Anm. 6.
- ¹⁹² Engisch, Konkretisierung, S. 140. ¹⁹³ A. A. Wussow, NJW 1958, S. 892.
- ¹⁹⁴ Vgl. Niese, JZ 1956, S. 460.
- ¹⁹⁵ Welcher richtige Gedanke sich hinter Formulierungen verbirgt, die von einem rechtswidrigen Erfolg oder Zustand sprechen, wird S. 81 ff. näher ausgeführt.

Wir können damit abschliessend die Rechtswidrigkeit als das "Nichtgesollt-sein des Verhaltens des Täters nach Massgabe der Rechtsordnung" bezeichnen ¹⁹⁶. Rechtswidrig ist nur eine gebots- oder verbotswidrige Verhaltensweise ¹⁹⁷, ein Verhalten, das eine Rechtspflicht positiver oder negativer Art verletzt ¹⁹⁸. Die Lehre von der Rechtswidrigkeit als kausaler Rechtsgutsverletzung ist abzulehnen ¹⁹⁹.

Da sich das Rechtswidrigkeitsurteil stets auf Willensrealisierungen bezieht, gibt es auch keine Rechtswidrigkeit "an sich" ²⁰⁰. Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist vielmehr, da er die Beziehung eines Verhaltens zu einer Rechtsnorm bedeutet, ein Relationsbegriff ²⁰¹. Aber auch die verbotenen Willensrealisierungen sind nicht "per se" rechtswidrig, sondern nur vom Standpunkt eines wertenden Gesetzgebers und Gesetzes aus, deren Wertbewusstsein von bestimmten Wertideen und -zielen bestimmt ist, die in den Rechtsnormen ihren Niederschlag gefunden haben ²⁰².

4.

Wir haben damit den für den Verbrechensaufbau massgebenden Begriff der Rechtswidrigkeit ausschliesslich auf die rechtliche Bewertung des Verhaltens bezogen. Diese Auffassung ergab sich zwingend daraus, dass es für den Deliktsaufbau entscheidend auf den Verstoss gegen die Rechtsordnung ankommt. Ein solcher Verstoss aber kann nur bei verbotenen Willensrealisierungen vorliegen, also bei menschlichen Verhaltensweisen.

Mit dem Begriff "rechtswidrig" wird oft auch die Bewertung des Ergebnisses einer Willensrealisierung verbunden. So spricht man häufig von einem rechtswidrigen Erfolg oder einem rechtswidrigen Zustand. Ob solche Formulierungen "richtig" sind, ist letztlich eine Frage der Terminologie, eine Frage der Auslegung des Begriffs "rechtswidrig". Wer diesen Begriff nicht auf die Beurteilung von Willensrealisierungen beschränkt, muss sich jedenfalls darüber im klaren sein - und dies wird oft verkannt -, dass der Terminus "rechtswidrig" im Sinne

¹⁹⁶ Engisch, Untersuchungen, S. 60

¹⁹⁷ Daher kann auch ein rechtswidriges Verhalten nicht zugleich erlaubt sein (Hubmann, JZ 1958, S.492)

¹⁹⁸ Hardwig, Die Zurechnung (1957), S.80

¹⁹⁹ Welzel, Strafrecht, S.56, f., 112 ff.; ders., Bild, S.27 f., 31 ff.

²⁰⁰ So auch K. Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S.174; Würtenberger, Mezger-Festschrift 1954, S.194

²⁰¹ Vgl. Engisch, Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, 1958, S.66

²⁰² Siehe dazu Hohenleitner, Rittler-Festschrift 1957, S.188

einer Bewertung des Verhaltens inhaltlich wesensmässig verschieden ist von dem gleichen Begriff im Sinne einer Bewertung des Erfolges.

Welzel ²⁰³, der den Begriff "rechtswidrig" sowohl auf den Verhaltens- wie auf den Erfolgsunwert anwendet, hat daher auch den von seiner Auffassung aus zwingenden Schluss gezogen, dass der Rechtswidrigkeitsbegriff "mehrdeutig" ist und "ganz verschiedenartige Inhalte hat". Auch Beling ²⁰⁴, der "per se rechtswidrige" Erfolge bejaht, sieht richtig, dass ein solcher Erfolg niemals strafrechtlich zur Verbrechenskonstruktion verwertet werden kann, da hierfür einzig und allein die Rechtswidrigkeit des Handelns in Betracht kommt. Auch Beling erkennt damit - von seiner Lehre aus zutreffend - die Mehrdeutigkeit des Begriffs der Rechtswidrigkeit.

Da aber das strafrechtliche Unrecht, wie wir es für den Deliktsaufbau erarbeitet haben, stets nur an der rechtlichen Bewertung des Verhaltens orientiert ist, was auch von Schriftstellern erkannt wird, die von rechtswidrigen Erfolgen sprechen ²⁰⁵, haben wir den Begriff "rechtswidrig" für den Verbrechensaufbau im Interesse der Klarheit auch nur an der Bewertung des Verhaltens ausgerichtet ²⁰⁶. Über den Rechtswidrigkeitsbegriff in § 53 Abs. 2 StGB ist damit noch keine Aussage getroffen; denn das Problem des rechtswidrigen Angriffs liegt nach der Teleologie des Gesetzes, welche die Auslegung der Rechtsbegriffe entscheidend beeinflusst, auf einer anderen Ebene ²⁰⁷.

²⁰³ ZStrW 58 (1939), S. 523, 525.

²⁰⁴ Die Lehre vom Verbrechen (1906), S. 177 f.

²⁰⁵ Siehe etwa Beling, a. a. O.

²⁰⁶ Ein gutes Beispiel für die Unsicherheit auf diesem Gebiet bietet Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. 1932, S. 144. Gerland erklärt zwar zunächst, dass sich die Rechtswidrigkeit "stets auf die Handlung als solche" bezieht, fährt aber dann fort, man spreche auch von einem rechtswidrigen Erfolg. Dieser sei jedoch - so schränkt Gerland wieder ein - im Strafrecht "nicht von ausschlaggebender Bedeutung". Massgebend sei vielmehr hier "lediglich die Rechtswidrigkeit der Handlung".

²⁰⁷ Siehe dazu S. 97 ff.

II. Das Unrechtsurteil

1.

Der Begriff "Unrecht" wird bald als Substantiv, bald als Adjektiv verwendet. Substantivisch gebrauchen wir ihn, wenn wir sagen: X hat ein Unrecht begangen. Die adjektivische Verwendung dagegen spiegelt sich in den Worten: X hat unrecht gehandelt. Diese zunächst grammatikalische Unterscheidung bringt jedoch auch einen doppelten Inhalt zum Ausdruck. Mit dem Terminus "Unrecht" als Substantiv bezeichnen wir einen Sachverhalt bzw. - genauer - eine Willensrealisierung, der wir eine rechtlich negative Wertung beilegen. So ist etwa die Tötung des A bzw. - genauer - die Willensrealisierung des X, die sich in der Aussenwelt in der Tötung des A manifestiert, grundsätzlich ein Unrecht. Mit dem Begriff "unrecht" als Adjektiv dagegen bringen wir die einem Sachverhalt bzw. - genauer - einer Willensrealisierung beigelegte Wertung als solche zum Ausdruck, indem wir etwa das Verhalten des X als unrecht bewerten ²⁰⁸. Damit ist "Unrecht" einmal etwas Substantielles, zum anderen aber auch etwas Prädikatives.

Unrecht im prädikativen Sinn kann nur ein Geschehen sein, das dem Recht widerspricht, das also gegen ein rechtliches Verbot oder Gebot verstösst. Da aber gegen die Rechtsnormen nur bestimmte Willensrealisierungen verstossen können, bezieht sich auch der prädikative Unrechtsbegriff nur auf die Bewertung von Willensbetätigungen. Damit aber ist er identisch mit dem Begriff rechtswidrig; denn auch rechtswidrig sind nur die gegen die objektiven Normen unserer Rechtsordnung verstossenden Willensrealisierungen. Unrecht handelt damit jeder, aber auch nur derjenige, der rechtswidrig handelt. Jede rechtswidrige Willensrealisierung ist daher zugleich eine "unrechte" Willensrealisierung, ist "unrecht" im prädikativen Sinne ²⁰⁹.

2.

Dieser prädikative Unrechtsbegriff ist Welzel fremd. Nach seiner Lehre ²¹⁰ ist Unrecht nur die "rechtswidrige Verhaltensweise selbst", der Gegenstand mit seinem Wertprädikat, also stets etwas Substantielles. Im Gegensatz hierzu erstreckt sich der Begriff der Rechtswidrigkeit auf das Wertprädikat als solches. Die Rechtswidrigkeit ist eine Eigenschaft bestimmter Verhaltensweisen, eine "reine Relation", ein "Missverhältnis zwischen zwei Beziehungsgliedern". Welzel folgert daraus, dass es zwar ein spezifisch strafrechtliches Unrecht gibt - z.B. den Versuch - wie auch ein spezifisch zivilrechtliches - z.B. die verbotene Eigenmacht -, dass jedoch die in den verschiedenen Rechtsgebieten geregelten Ver-

²⁰⁸ Siehe dazu Maihofer, Rittler-Festschrift 1957, S.142.

²⁰⁹ Vgl. auch H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit (1911), S.92.

²¹⁰ Strafrecht, S.48; Bild, S.17; ebenso schon Strafrecht, 3. Aufl.1954, S.42 f. u. Bild, 2. Aufl.1952, S.15 f. Vgl. auch K. Wolff, Verbotenes Verhalten (1923), S.178.

botsmaterien für die gesamte Rechtsordnung rechtswidrig sind, die Rechtswidrigkeit somit eine einheitliche ist.

Mit dieser Begrenzung des Unrechtsbegriffs auf die substantielle Seite steht Welzels Auffassung im Gegensatz zum "gängigen Sprachgebrauch" ²¹¹, der sowohl den substantiellen als auch den prädikativen Unrechtsbegriff kennt. Welzels Forderung aber, jedes Rechtsgebiet weise ein spezifisches Unrecht auf, ist der Sache nach insofern richtig, als Welzel damit nur zum Ausdruck bringen will, dass es "in den verschiedenartigen Rechtsgebieten verschiedenartige Tatbestände (Verbotsmaterien)" gibt ²¹². Wenn daher Mezger ²¹³ meint, Welzel habe mit dem Begriff des Unrechts einen unklaren und unnötigen Zwischenbegriff zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld geschaffen, der in seinen Folgerungen die ganze Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld hinfällig machen müsste, so verkennt er einerseits die Lehre Welzels und übersieht andererseits, indem er die Begriffe Unrecht und Rechtswidrigkeit gleichsetzt, die substantielle Seite des Unrechtsbegriffs ²¹⁴.

3.

Zusammenfassend und ergänzend können wir daher sagen: Jedes rechtswidrige Geschehen ist unrecht (im prädikativen Sinn). Da aber nur Willensrealisierungen rechtswidrig sein können, ist auch die Bewertung als unrecht auf Willensbetätigungen beschränkt. Jeder Kausalablauf als solcher liegt daher ebenso wie jeder Erfolg als solcher ausserhalb des prädikativen Unrechtsbegriffs. Er ist aber auch nicht Unrecht im substantiellen Sinn. Dieses beinhaltet einen Sachverhalt, eine Willensrealisierung mit einem bestimmten Wertprädikat. Da dieses Wertprädikat aber nichts anderes als der prädikative Unrechtsbegriff ist, kann es nur bei Willensrealisierungen vorliegen. Von Unrecht im substantiellen Sinn kann daher immer nur gesprochen werden, wenn auch unrecht im prädikativen Sinn gegeben ist. Beide bedingen sich gegenseitig. Das sachliche Wesen des Unrechts wird also gerade nicht durch den Eingriff in rechtlich geschützte Interessen, d.h. durch den Erfolg, gekennzeichnet ²¹⁵, sondern durch bestimmt geartete Willensrealisierungen. Ist damit aber der Erfolg völlig bedeutungslos? Ist er der Rechtsordnung wirklich "ganz gleichgültig" ²¹⁶?

²¹¹ Malhofer, Rittler-Festschrift 1957, S.142.

²¹² Strafrecht, S. 48; Bild, S. 16 f.

²¹³ Studienbuch I, S. 85; ebenso LK, S.10 u. Bem. 9 vor § 51.

²¹⁴ Siehe dazu neuestens Engisch, Unrechtstatbestand, S. 402 f.

²¹⁵ So R.v.Hippel, Strafrecht II, S. 184 f.

²¹⁶ So Hold v.Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1903), S.387.

III. Das Unwerturteil

1.

Wir haben bisher festgestellt, dass nur die Willensrealisierungen, die gegen ein rechtliches Verbot oder Gebot verstossen, rechtswidrig und unrecht sind. Der Grund für diese Verbote und Gebote liegt darin, dass die Rechtsordnung bestimmte Verhaltensweisen als unwertig betrachtet, weil sie die im Interesse eines Rechtsgüterschutzes gebotene Sorgfalt nicht beachten und daher eine bestimmte Relation zu einer Verletzung rechtlich geschützter Interessen aufweisen. Willensrealisierungen, welche die Rechtsordnung nicht als wertwidrig ansieht, verbietet sie auch nicht. Treffend erklärt Fr. Jodl²¹⁷, jede Rechtsnorm setze notwendig das Urteil voraus, dass dem Verlangten ein besonderer und eigentümlicher Wert zukomme, weswegen es eben gefordert werde. Diese Erwägungen wären nur dann unrichtig, wenn man im Recht nicht "das Ergebnis verständiger Überlegungen", sondern "den Ausdruck despotischer Willenslaunen" sähe²¹⁸.

Weshalb die Rechtsordnung etwas als schutzwürdigen Wert anerkennt, haben wir hier nicht zu erörtern. Desgleichen können wir die Frage unbeantwortet lassen, ob der Gesetzgeber an vorgegebene, etwa naturrechtliche Wertvorstellungen oder ein im Volk verwurzeltes Wertbewusstsein gebunden ist oder ob er frei entscheiden kann, welche Werte er als schutzwürdig betrachtet. Wir haben vielmehr davon auszugehen, dass durch die Rechtsordnung bestimmte Werte geschützt werden sollen²¹⁹.

Der Begriff des Wertes bezieht sich jedoch im Gegensatz zum Begriff des Verbots nicht nur auf Willensrealisierungen. Bewertet werden kann auch das Verhalten eines im Zustand eines Krampfanfalls oder unter vis absoluta "Handelnden". Die Bewertung erfasst weiter das "Verhalten" von Tieren und den Ablauf naturgesetzlicher Vorgänge. So ist die Vernichtung eines Waldes durch den Borkenkäfer ebenso unwertig wie die Überschwemmung eines Landstrichs infolge anhaltender

²¹⁷ Allgemeine Ethik (1918), S. 26. Vgl. auch Engisch, MschrKrimPsych. 23 (1932), S.423; Oehler, Zweckmoment, S. 41.

²¹⁸ Engisch, Einführung, S. 28.

²¹⁹ Vgl. zum Problem der Relativität und Subjektivität bzw. der Absolutheit und Objektivität der Werte Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. Aufl. 1930, Art. Wert; Fechner, Rechtsphilosophie (1956), S.156 ff. und die dort angeführte Literatur; N. Hartmann, Ethik, 3. Aufl. 1949, S.138 ff.; Hohenleitner, Rittler-Festschrift 1957, S.185 ff u. die dort genannte Literatur.

Regenfälle. Das Werturteil bezieht sich ferner auf Erfolge und Zustände ²²⁰. So bilden der vernichtete Wald oder das überschwemmte Land einen unwertigen Zustand. Ebenso können wir bei der Tötung eines Menschen von einem unwertigen Erfolg sprechen unabhängig davon, ob der Täter den Tod trotz Beachtung der rechtlich gebotenen Sorgfalt oder vorsätzlich verursacht hat.

Unschärf ist es daher zu behaupten, das richterliche Werturteil beziehe sich "zunächst und vor allem" auf den äusseren Erfolg der Tat ²²¹. Ebenso bedenklich ist aber der Gedanke, der Gegenstand der strafrechtlichen Bewertung sei die Handlung, nicht der blosse Erfolgssachverhalt ²²². Vielmehr erfasst die rechtliche Bewertung alle Geschehensweisen, Erfolge, Zustände ²²³. Treffend formuliert Mezger ²²⁴: "Gegenstand dieser rechtlichen Bewertung kann alles sein: das Verhalten handlungsfähiger und handlungsunfähiger, schuldfähiger und schuldunfähiger Menschen, das Verhalten anderer Lebewesen, Ereignisse und Zustände der Umwelt, die nicht von Lebewesen ausgehen, wenn auch selbstverständlich immer bezogen auf menschliches Zusammenleben".

Nicht für jeden rechtlich anerkannten Wert besteht aber ein strafrechtlicher Schutz. So ist die fahrlässige Sachbeschädigung nach deutschem Recht zwar nicht strafbar, trotzdem aber unwertig; denn jede Sache stellt grundsätzlich einen vom Recht anerkannten Wert dar, wie etwa aus § 303 StGB und § 823 BGB zu entnehmen ist. Ebensowenig unterliegt der Versuch einer einfachen Körperverletzung einer strafrechtlichen Sanktion, obwohl auch er wertwidrig ist; denn er ist eine auf die Beeinträchtigung der Körperintegrität oder des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens eines anderen, das etwa in § 223 StGB und § 823 BGB als Wert anerkannt wird, abzielende Willensrealisierung.

Von den Gegenständen rechtlicher Bewertung ist für uns von besonderer Bedeutung die Wertigkeit menschlichen Verhaltens und der auf Grund solchen Verhaltens eingetretenen Erfolge und Zustände. Wir wollen dabei nach der üblichen

²²⁰ Treffend erklärt jedoch Nipperdey, BGB, S. 1289, die Zustandsbewertung dürfe nicht, wie dies häufig geschieht, mit dem Rechtswidrigkeitsurteil verwechselt werden, das eine verbots- oder gebotswidrige Willensrealisierung voraussetze.

²²¹ So Hohenleitner, Rittler-Festschrift 1957, S. 185.

²²² So Welzel, ZStaatsW 97 (1937), S. 382.

²²³ Vgl. dazu auch Engisch, Unrechtstatbestand, S. 423 f.

²²⁴ Lehrbuch, S. 164.

Terminologie eine wertwidrige Willensrealisierung als Verhaltensunwert oder, wie Welzel ²²⁵ sagt, Handlungsunwert ²²⁶ und einen wertwidrigen Erfolg als Erfolgsunwert oder - mit Wetzels Worten ²²⁷ - Sachverhaltsunwert bezeichnen. Gibt es nun einen Erfolgsunwert ohne Verhaltensunwert und einen Verhaltensunwert ohne Erfolgsunwert?

2.

a) Gehen wir wieder vom Tötungsverbot aus. Die Rechtsordnung hat dieses Verbot aufgestellt, weil sie das Leben eines Menschen als schutzwürdigen Wert betrachtet. Dieser Wert kann auf sehr verschiedenartige Weise vernichtet werden. Wir versuchen, dies an drei Beispielen aufzuzeigen:

1. X zielt mit einer Pistole auf das Herz des A, um ihn zu töten. Er trifft A so, dass dieser den Verletzungen erliegt.
2. X fährt verkehrsrichtig mit seinem Kraftwagen auf einer unbelebten Strasse. A läuft, von X nicht bemerkt und auch objektiv unvorhersehbar, vor den Kühler des Fahrzeugs, wird vom Wagen erfasst und getötet.
3. A wird während eines Gewitters auf dem Felde von einem Blitz erschlagen.

In allen drei Beispielen wird das Leben des A, ein von der Rechtsordnung anerkannter und durch das Tötungsverbot geschützter Wert, vernichtet. Es liegt daher stets der gleiche Erfolgsunwert vor. Wie aber steht es mit dem Verhaltensunwert?

Im Beispiel 1 hat das Verhalten des X eine Beziehung zu dem Todeserfolg, auf Grund deren es die Rechtsordnung als unwertig betrachtet. Im Beispiel 2 mangelt dem Verhalten des X diese Relation, da er die rechtlich geforderte Sorgfalt beachtet und daher nicht gegen die Rechtsordnung verstossen hat. Im Beispiel 3 fehlt es schon an dem Begriff des Verhaltens, wenn wir diesen auf menschliches Verhalten beschränken; denn der Tod des A ist hier durch eine Naturgewalt verursacht.

²²⁵ ZStrW 58 (1939), S.523; Strafrecht, S.57, 110; Bild, S.27 f.

²²⁶ Maurach, Strafrecht I, S.179 f., spricht hier von einem "Aktunwert". Ebenso Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht (1958), S.169. Vgl. auch N.Hartmann, Ethik, 3. Aufl.1949, S.257.

²²⁷ A.a.O. Ebenso Schmidhäuser, a.a.O.

²²⁸ Württenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl.1959, S.51, definiert den Erfolgsunwert als den "sachlichen Unwert des faktischen Geschehens".

²²⁹ Unwert ist also, um dies noch einmal klar herauszustellen, negativer Wert, nicht blosser Wertmangel.

Wir können daher als Ergebnis festhalten: Es gibt Fälle, in denen sich Verhaltensunwert und Erfolgsunwert decken (Beispiel 1). In anderen Fällen ist zwar der Erfolg, nicht aber das ihn verursachende Verhalten unwertig (Beispiel 2)²³⁰. Und schliesslich ist ein Erfolgsunwert denkbar, dem weder ein wertwidriges noch ein nicht wertwidriges menschliches Verhalten zugrundeliegt (Beispiel 3). Damit aber ist die Möglichkeit eines Erfolgsunwerts ohne Verhaltensunwert erwiesen.

b) Jedoch auch ein Verhaltensunwert ohne Erfolgsunwert findet sich häufig. Drei Beispiele mögen zur Erläuterung dienen:

4. X schießt in Tötungsabsicht auf A. Dieser springt jedoch noch rechtzeitig zur Seite und kann so verhindern, dass er von einer Kugel des Y, der, von X und A unbemerkt, ebenfalls auf A zielte, tödlich getroffen wird.
5. a) X schießt in Tötungsabsicht auf A, trifft diesen aber nicht.
b) X fährt mit seinem Wagen ohne Beachtung der rechtlich gebotenen Sorgfalt auf einer unbelebten Strasse, verletzt dabei jedoch niemanden.

Sowohl im Beispiel 4 als auch im Beispiel 5 a) und 5 b) liegt ebenso wie im Beispiel 1 ein wertwidriges Verhalten vor; denn X hat seinen Willen jeweils auf eine Weise realisiert, die objektiv geeignet ist, eine Interessenverletzung herbeizuführen, welche also die für das Urteil "wertwidrig" erforderliche Beziehung zu einer Rechtsgutsverletzung aufweist. Er hat in den Beispielen 1, 4 und 5 a) die Verletzung rechtlich geschützter Interessen beabsichtigt und im Beispiel 5 b) die rechtlich geforderte Sorgfalt ausser acht gelassen.

Während aber im Beispiel 1 auch ein Erfolgsunwert vorliegt, ist im Beispiel 4 das Verhalten des X, freilich ohne dass dieser es wusste und wollte, kausal für die Erhaltung des Lebens des A geworden; denn hätte X nicht auf A gezielt, so wäre dieser nicht zur Seite gesprungen und daher von der Kugel des Y getroffen worden. Dieser "wertvolle" Erfolg ändert aber nichts am Verhalten des X²³¹. Im Beispiel 5 fehlt es überhaupt an einem wertwidrigen oder nicht wertwidrigen Erfolg; denn das Verhalten des X hat hier weder den Tod noch eine Körperverletzung des A verursacht.

²³⁰ Es kann daher nicht gesagt werden, dass "der Unwert des Verhaltens nur vom Erfolg her erfasst werden kann" (so Nowakowski, ZStrW 63, 1951, S. 321). Ebenso wenig ist "der Unwert der Gefahr lediglich der Schatten des Unwerts der Verletzung" (Nowakowski, a.a.O., S. 324).

²³¹ Wir können hier das Verhalten des X als einen Vorgang ansprechen, der das Böse will, aber das Gute schafft.

Als Ergebnis zeigt sich daher folgendes: Neben den Fällen, in denen Verhaltens- und Erfolgsunwert zusammenfallen (Beispiel 1), gibt es Lebenssachverhalte, die trotz eines unwertigen Verhaltens durch einen wertigen Erfolg gekennzeichnet sind (Beispiel 4). Schliesslich aber sind auch wertwidrige Verhaltensweisen denkbar, die weder einen wertigen noch einen unwertigen Erfolg verursachen (Beispiele 5 a) und 5 b)) ²³².

c) Die Verbindung von Verhaltens- und Erfolgsunwert ist also nicht zwingend. Es besteht keine Einheitlichkeit des Unwerts von Verhalten und Erfolg ²³³. Der Verhaltensunwert bestimmt ebensowenig den Erfolgsunwert, wie der Erfolgsunwert den Verhaltensunwert bestimmt.

Letzteres behauptet Noll ²³⁴ für einige Rechtsgüter, vor allem für Leib und Leben. Werden diese Interessen verletzt, so erhält die dafür ursächliche, an sich wertindifferente Handlung nach Noll ihren Unwert erst durch den Erfolg. Damit wäre die Möglichkeit eines bedingt wertwidrigen Verhaltens gegeben; denn bei der Realisierung des Willens lässt sich noch nicht feststellen, ob diese eine Rechtsverletzung verursacht, da hierfür auch Umstände entscheidend sein können, die ausserhalb des menschlichen Verhaltens liegen. Wie aber das Verbot einer Willensbetätigung schon ex ante feststeht, muss auch die Wertigkeit eines Verhaltens schon im Zeitpunkt der Willensrealisierung erkennbar sein. Die Möglichkeit einer Willensrealisierung, die ihren Unwert erst durch den Erfolg erhält, ist daher abzulehnen. Der Erfolgsunwert dagegen ist wesensmässig, da der Begriff "Erfolg" das Ergebnis einer Willensrealisierung zum Inhalt hat, stets ein Urteil ex post. Dieses Urteil kann daher erst gefällt werden, wenn der Erfolg eingetreten ist.

3.

Da die Rechtsordnung einen Zustand, einen Erfolg nicht verbieten kann, sondern nur die Realisierung eines Willens, stehen ihr, wenn sie einen Zustand als unwertig betrachtet, nur zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Welche von ihnen

²³² "Erfolg" ist hier stets im Sinne einer Verletzung rechtlich geschützter Interessen des A gemeint. Dass auch dort ein Erfolg im Sinne des Effekts eines Geschehens vorliegt, wo die Kugel des X nur einen Baum trifft (Beispiel 5 a), wird damit nicht geleugnet. Einen Erfolg in diesem Sinne verursacht jede Willensrealisierung.

²³³ A.A. Nowakowski, ZStrW 63 (1951), S. 322.

²³⁴ Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten (1955), S. 31 u. 50.

zu wählen ist, hängt davon ab, ob es sich bei dem unwertigen Zustand um einen tatsächlich-gegenwärtigen oder um einen hypothetisch-zukünftigen handelt.

a) Ist der unwertige Zustand noch nicht eingetreten, besteht er nur als blosse Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, so kann die Rechtsordnung seinen Eintritt dadurch zu verhindern suchen, dass sie bestimmte Willensrealisierungen, die eine gewisse Beziehung zu einem solchen Zustand aufweisen, verbietet bzw. gebietet. So kann die Rechtsordnung, wenn A auf einem See hilflos dem Ertrinkungstode entgegensieht, dem Bademeister X gebieten, die Rettung des A zu veranlassen. Nicht aber kann sie X gebieten, A tatsächlich zu erretten; denn ein Erfolg kann weder ge- noch verboten werden.

Ein rechtliches Gebot oder Verbot setzt aber voraus, dass der Eintritt des unwertigen Zustands von menschlichem Verhalten abhängt. Dies trifft etwa nicht zu bei einer bevorstehenden Naturkatastrophe.

b) Ist jedoch der Zustand, auf dem ein rechtlicher "Unlustakzent" ²⁵ liegt, schon eingetreten, so kann die Rechtsordnung nur noch bestimmte Willensrealisierungen gebieten, die geeignet sind, diesen Zustand wieder zu beseitigen. Daher kann die Rechtsordnung etwa, wenn ein heftiges Unwetter das Dach vom Hause des Y auf die Strasse getragen hat, diesem gebieten, die Trümmer auf der Strasse wegzuschaffen und sein Haus neu zu decken. Kommt der Hauseigentümer Y diesem Gebot nicht nach, so ist seine Willensbetätigung, die in der Nichtbefolgung des rechtlichen Gebots besteht, unwertig sowie unrecht und rechtswidrig. Nicht aber ist unrecht auch der unwertige Zustand. Dieser steht nur im Gegensatz zum Zwecke des rechtlichen Gebots. Er kann daher auch nur "rechtsmotorisch, pflichten-begründend" ²⁶ wirken.

Ein rechtlicher Imperativ, der auf Beseitigung eines unwertigen Zustands abzielt, setzt aber, will er sinnvoll sein, voraus, dass sich dieser Zustand überhaupt noch beseitigen lässt, dass er seiner tatsächlichen Natur nach, die auch von der Rechtsordnung berücksichtigt werden muss, kein endgültiger ist. Gegenüber einem "endgültigen" Zustand, etwa dem Tod eines Menschen, ist die Rechtsordnung machtlos.

4.

Wir wollen abschliessend noch das Verhältnis von Unrechts- und Unwerturteil klären. Hierzu müssen wir auf der Unwertseite, da der Verhaltensunwert nicht immer von einem Erfolgsunwert begleitet ist und der Erfolgsunwert nicht

²⁵ Beling, Grenzlinien, S. 28.

²⁶ Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955), S. 52.

stets einen Verhaltensunwert zur Ursache hat, zwischen Verhaltens- und Erfolgsunwert unterscheiden.

a) Gegenstand des Unrechtsurteils sind nur verbotene Willensrealisierungen. Ein Verbot aber stellt die Rechtsordnung nur auf, um dadurch ein Rechtsgut, das sie als schutzwürdigen Wert betrachtet, vor Gefährdung oder Verletzung zu schützen. Jede verbotene Willensrealisierung weist damit eine bestimmte Beziehung zur Gefährdung bzw. Verletzung eines rechtlich geschützten Wertes auf ²³⁷. Sie ist daher nicht nur unrecht, sondern auch unwertig. Jedes Unrecht ist also zugleich ein Unwert, und zwar, da rechtswidrig nur bestimmt geartete Willensrealisierungen sind, ein Verhaltensunwert.

Demgegenüber sind nach Larenz ²³⁸ im Zivilrecht rechtswidrige "Handlungen" möglich, die nicht wertwidrig sind. Die Rechtswidrigkeit beinhaltet damit nach Larenz nicht notwendig eine negative Wertung des Verhaltens. Larenz gelangt folgerichtig zu dieser Auffassung, da er Handlungen, welche die gebotene Sorgfalt beachten, trotzdem aber einen unwertigen Erfolg verursachen, einerseits zutreffend als nicht unerlaubt, andererseits aber auf Grund des Erfolgs als rechtswidrig betrachtet.

b) Während Bezugsobjekt des Unrechtsurteils nur verbotene Willensrealisierungen sind, können Bezugsobjekt des Unwerturteils auch andere Geschehensweisen und Sachverhalte sein. So bezieht sich das Unwerturteil beim Erfolgsunwert auf einen bestimmten Erfolg. Selbst wenn diesem ein verbotenes Verhalten zugrundeliegt, steht der Erfolg per se doch "vollständig ausserhalb des Begriffs des Unrechts" ²³⁹. Ein unwertiger Erfolg oder Zustand ist nicht rechtswidrig in dem für den Verbrechen Aufbau massgebenden Sinne dieses Begriffs, da er nicht im Gegensatz zu einem rechtlichen Verbot oder Gebot stehen kann. Er befindet sich nur im Gegensatz zum Zwecke eines rechtlichen Verbots oder Gebots ²⁴⁰.

So widersprechen die Tötung und der daraus resultierende Tod eines Menschen zwar grundsätzlich dem Zwecke des Tötungsverbots; denn dieser besteht darin, das menschliche Leben zu schützen. Der Tötungsnorm selbst aber widerspricht die Tötung eines Menschen nur, wenn diese durch eine verbotene Willensrealisierung verursacht wurde. Der Tod eines Menschen als solcher aber widerspricht als Ergebnis eines Geschehens dem Tötungsverbot nie.

²³⁷ Ob der Täter diese Relation zu einer Rechtsgutsverletzung erkennt, ist hierbei ohne Bedeutung.

²³⁸ Schuldrecht, Bes. Teil, S. 364 f.

²³⁹ Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen I (1901), S. 145.

²⁴⁰ Höpfner, a. a. O.

c) Zusammenfassend können wir feststellen ²⁴¹:

Ein Unrecht verkörpert stets auch einen Unwert. Eine rechtswidrige Willensrealisierung ist daher immer unwertig. Ein Erfolgsunwert dagegen unterliegt nie dem Unrechtsurteil. Der Begriff des Unwerts, der sich auf das Verhalten und den Erfolg bezieht, ist somit im Verhältnis zum Begriff des Unrechts der weitere Terminus. Der Schluss vom Unrechts- auf das Unwerturteil ist daher zwingend, der Schluss vom Unwert- auf das Unrechtsurteil aber trügerisch.

Der Erfolgsunwert per se hat damit zwar für das Unrechtsurteil keine Bedeutung ²⁴². Dennoch spielt er strafrechtlich eine erhebliche Rolle, da die Vollendung der meisten Delikte einen bestimmten Erfolgsunwert voraussetzt. Insofern ist der Erfolg entgegen der Meinung Hold v. Fernecks ²⁴³ dem Recht nicht "ganz gleichgültig". Der Erfolgsunwert ist für die meisten Delikte wesentlich, er ist jedoch strafrechtlich nur innerhalb des Verhaltensunwerts von Bedeutung ²⁴⁴.

²⁴¹ Es darf hier, um Missverständnisse zu vermeiden, noch einmal gesagt werden, dass sich die vorangehenden wie auch die folgenden Ausführungen nur auf den für den Verbrechensaufbau entscheidenden Rechtswidrigkeitsbegriff beziehen.

²⁴² Vgl. auch Niese, JZ 1956, S. 460.

²⁴³ Die Rechtswidrigkeit I (1903), S. 387.

²⁴⁴ Welzel, Strafrecht, S. 57, 110; Bild, S. 27 f.

3. Abschnitt

Die Stellung des sog. verkehrsrichtigen Verhaltens im Unrechtsbereich

Vorbemerkung

Wir haben bisher festgestellt, dass das Problem des "verkehrsrichtigen" Verhaltens im Bereich des Unrechts seinen Standort hat. Wir wollen im folgenden noch klären, welche spezifische Bedeutung einem solchen Verhalten im Unrechtsbereich zukommt. Dazu ist eine kurze Analyse des strafrechtlichen Unrechts erforderlich. Eine solche erfolgt jedoch nur, soweit sie für unser Problem von Wichtigkeit ist. Wir gehen dabei aus von den besonderen positiven Merkmalen der einzelnen Tatbestände, erörtern dann die Bedeutung der rechtlich gebotenen Sorgfalt und kommen schliesslich zu den sog. Rechtfertigungsgründen.

I. Die besonderen positiven Unrechtsmerkmale

1.

Die Strafrechtsnormen ²⁴⁵ beinhalten im Gegensatz zu den Normen des Zivilrechts, bei denen die Gewährungen vorherrschen ²⁴⁶, vornehmlich Verbote und Gebote. Sie sind in erster Linie Sollenssätze. Indem sie an die Erfüllung eines Tatbestands eine strafrechtliche Folge ²⁴⁷ knüpfen, bringen sie zum Ausdruck, dass dieser Tatbestand nicht verwirklicht werden soll ²⁴⁸. Sie haben gebietenden Charakter ²⁴⁹. Ihr Ziel ist die Verhinderung eines Tuns (negative Sollensnormen) oder Unterlassens (positive Sollensnormen). Sie sind insofern Bestimmungsnormen, als sie den Normadressaten zu einer Willensrealisierung bestimmen, aufrufen wollen. Sie sind aber zugleich Bewertungsnormen, da sie das Verhalten des Normadressaten positiv oder negativ bewerten, je nachdem, ob er den Sollensforderungen genügt hat oder nicht ²⁵⁰.

²⁴⁵ Unter Normen verstehen wir hier die Rechtssätze, die allgemein gefasst sind (vgl. Engisch, Einführung, Anm. 10).

²⁴⁶ Vgl. Nipperdey, BGB, S. 196; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1. Band, 4. Aufl. 1922, S. 479.

²⁴⁷ Der Begriff "Rechtsfolge" ist doppeldeutig. Er bedeutet bald den Teil des Rechtssatzes, der das durch den Tatbestand bedingte Sollen anordnet, bald das hier angeordnete Gesollte selbst. Wir verstehen hier unter "Rechtsfolge" das letztere. Siehe dazu Engisch, ZStaatsW 108 (1952), S. 415, Anm. 4; ders., Einführung, S. 18 f.

²⁴⁸ Der Begriff des Sollens ist äquivok. Vgl. dazu K. Wolff, Grundlehre des Sollens (1924), S. 22 ff.

²⁴⁹ Maihofer, Rittler-Festschrift 1957, S. 149

²⁵⁰ Treffend sagt Mezger, GerS 89 (1924), S. 240 f.: "Das Recht als 'Bestimmungsnorm' ist gar nicht 'denkbar' ohne das Recht als 'Bewertungsnorm', das Recht als Bewertungsnorm ist unbedingte logische Voraussetzung des Rechts als Bestimmungsnorm Denn wer jemanden zu etwas 'bestimmen' will, der muss zuvor wissen, zu was er ihn bestimmen will; er muss jenes Etwas in bestimmtem positivem Sinne 'bewerten'. Logisches Prius des Rechts als Bestimmungsnorm ist überall das Recht als Bewertungsnorm, als 'objektive Lebensordnung'".

Vgl. auch E. Husserl, Logische Untersuchungen I, 4. Aufl. 1928, S. 41: "Überhaupt dürfen wir als gleich, zum mindesten als äquivalent setzen die Formen: 'Ein A soll B sein' und 'Ein A, welches nicht B ist, ist ein schlechtes A', oder 'Nur ein A, welches B ist, ist ein gutes A'".

Siehe ferner Oehler, Zweckmoment, S. 41.

2.

Der Inhalt des rechtlichen Sollens ergibt sich aus Merkmalen beschreibender (deskriptiver) und wertbezüglicher (normativer) Art. Man bezeichnet diese Merkmale gewöhnlich als Tatbestandsmerkmale. Sie lassen sich in verschiedene Arten unterteilen. Primär zählen wir zu ihnen die für jede Rechtsnorm verschiedenen, positiv geregelten Merkmale, die wir daher auch als besondere positive Tatbestandsmerkmale bezeichnen können. So hat X, wenn seine Willensrealisierung den Tod des A verursacht, die besonderen positiven Tatbestandsmerkmale der Tötungsnorm erfüllt. Es kommt hierbei noch nicht darauf an, ob X die rechtlich geforderte Sorgfalt beachtet hat. Diese Merkmale sind Voraussetzung für das Unrechtsurteil. Sie sind ein erstes "Anzeichen" für die Rechtswidrigkeit. Wir können sie daher auch als besondere positive Unrechtsmerkmale bezeichnen. Welche Bedeutung kommt diesen Merkmalen nun im Verbrechensaufbau zu?

Die Rechtsordnung will durch die Strafrechtsnormen bestimmte, von ihr als Werte anerkannte Interessen schützen. Wir nennen diese Interessen auch Rechtsgüter. Welche Interessen die Rechtsordnung als schutzwürdig betrachtet, bringt sie mit Hilfe der besonderen positiven Unrechtsmerkmale zum Ausdruck; denn diese beschreiben die rechtlich unwertigen Gefährdungen und Verletzungen. Können wir ein Geschehen diesen Merkmalen subsumieren, so liegt eine Interessenverletzung, eine Rechtsgutsverletzung vor, die bei den Erfolgsdelikten durch einen Erfolgsunwert gekennzeichnet ist. Dieser Unwert kann durch keine nachfolgenden Umstände mehr ungeschehen gemacht werden²⁵¹. So hat X, dessen Verhalten den Tod des A verursacht hat, die besonderen positiven Unrechtsmerkmale der Tötungsnorm erfüllt und damit zugleich einen unwertigen Erfolg bewirkt. Mit der Bejahung der besonderen positiven Unrechtsmerkmale ist jedoch über das Verhalten des Täters noch kein Werturteil gefällt. Hierzu ist vielmehr noch auf die Beachtung der rechtlich gebotenen Sorgfalt einzugehen.

²⁵¹ Damit ist nicht gesagt, dass der Erfolgsunwert nicht mehr beseitigt werden kann. Dies hängt ganz von der Wesensart des jeweiligen Erfolgs ab (z.B. Blockierung einer Strasse durch einen Baum bzw. Tod eines Menschen).

II. Das allgemeine positive Unrechtsmerkmal der Ausserachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt

1.

Die Rechtsordnung kann, so haben wir zu Beginn unserer Untersuchung festgestellt ²⁵², kraft des dem Menschen wesensmässigen Soseins nur Geschehensweisen verbieten, deren Gestaltung von menschlichem Verhalten abhängt. Dabei muss das Verbot ex ante feststehen und erkennbar sein. Ein Verbot, das diese Voraussetzungen nicht beachtet, ist in einer sinnvollen Rechtsordnung nicht möglich, da es nicht befolgt werden kann. Voraussetzung jeder Rechtsnorm ist somit ihre generelle Befolgbarkeit ²⁵³. Treffend sagt Dohna ²⁵⁴: "Was ein vernünftiges Recht nicht verbieten kann, ist ohne weiteres als unverboden zu betrachten". Impossibilium nulla est obligatio. Eine Rechtsordnung, die von dem Gedanken ausginge: "Der Mensch kann; weil er soll", würde das Wesen der menschlichen Natur verkennen und keine sinnvolle Ordnung des menschlichen Zusammenlebens sein ²⁵⁵. Die strafrechtlichen Sollensnormen finden daher ihre natürliche, d.h. ihre durch das Sosein der menschlichen Natur vorgegebene Grenze an dem auf Grund dieser Natur dem Normadressaten "Mensch" möglichen tatsächlichen Können. Anders ausgedrückt: Das rechtliche Sollen setzt das allgemein menschliche Können voraus.

Entscheidender Masstab für dieses Können ist der Mensch in seiner Eigenschaft als menschliches Wesen. Treffend formuliert Maihofer ²⁵⁶: "Die 'Legalität' von Recht und Unrecht ist stets bezogen auf den Menschen als ein mit anderen vergleichbares Wesen: als Sozialperson". Nicht aber kommt es in diesem Zusammenhang auf das persönliche, individuelle Können des konkreten Täters an. Die Prüfung, ob der Täter dieses Können beachtet hat, erfolgt bei der Beurteilung seiner Schuld ²⁵⁷. Wir wollen daher das für die Frage des Unrechts entscheidende

²⁵² Siehe S.38 ff.

²⁵³ Vgl. Kohlrausch, Sollen und Können, S.24.

²⁵⁴ Verbrechenslehre, S.34.

²⁵⁵ Desgleichen erkennt das Wesen des Individuums, wer, wie Kohlrausch, Sollen und Können, S.26, den Satz aufstellt: "Du kannst, denn du sollst".

²⁵⁶ Rittler-Festschrift 1957, S.154.

²⁵⁷ A.A.Brauneck, GA 1959, S.261, wonach das Problem, ob der Täter das äussere Geschehen durch anderes Verhalten hätte anders steuern können, schon bei der Frage nach dem Unrecht zu prüfen ist. Nach Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955), S.67, ist für die Schuld nicht das individuelle Können des Täters, sondern "ein generelles Sollen" entscheidend, nach Kohlrausch, Sollen und Können, S.24 f., ein generelles Können.

Können im Gegensatz zum persönlichen, individuellen Können, von dem es streng zu trennen ist, als personales, menschliches Können bezeichnen. Maihofer²⁵⁸ spricht hier von einem sozialen, generellen Können²⁵⁹.

Dieses kraft des menschlichen Soseins mögliche Können ist nicht an einem bestimmten menschlichen Durchschnitt zu ermitteln, sei es an einem Durchschnitt ganz allgemeiner Art (als Mensch unter Menschen) oder an einem Durchschnitt spezifischer Art (etwa als Arzt unter Ärzten, als Schrankenwärter unter Schrankenwärtern)²⁶⁰. Wäre ein bestimmter Durchschnitt entscheidend, so wäre die für einen unwertigen Erfolg ursächliche Willensrealisierung auch dann nicht rechtswidrig, wenn dieser Erfolg zwar nach dem Können des Durchschnitts nicht vermeidbar gewesen wäre, wohl aber nach dem Können des individuellen Täters²⁶¹. Entscheidend ist vielmehr das Können eines "idealen" Menschen. Wie dieses Können im einzelnen zu bestimmen ist, ist eine Frage für sich, auf die wir hier nicht näher eingehen können.

²⁵⁸ Rittler-Festschrift 1957, S.154, 158.

²⁵⁹ Den Unterschied zwischen personal und persönlich erkennt Stoll, JZ 1958, S. 143, wenn er meint, einer personalen Unrechtsbetrachtung würde es "voll und ganz entsprechen, den Umfang der vom Täter geschuldeten Rechtspflichten auf seine persönlichen Potenzen zuzuschneiden". Ebenso wenig zutreffend ist die Behauptung Würtenbergers, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl.1959, S.51 ff., die personale Unrechtslehre werde vornehmlich durch subjektive Elemente bestimmt. Nur auf Grund dieser Verkenntung des Unterschieds zwischen subjektiv und personal kann Würtenberger der personalen Unrechtslehre Welzels vorwerfen, sie verwische "die saubere Grenzziehung zwischen Unrecht und Schuld" (a.a.O., S.52).

²⁶⁰ Maihofer, Rittler-Festschrift 1957, S.154, 158, stellt auf das Können eines "vernünftigen Menschen" in der Stellung (Position) und Lage (Situation) des Täters ab. Er führt jedoch nicht näher aus, was er darunter versteht.

²⁶¹ Siehe dazu auch die berechtigte Kritik von Oehler, Zweckmoment, S.74 f., der jedoch hieraus den unrichtigen Schluss zieht, das objektive Fahrlässigkeitsmerkmal gehöre nicht in den Unrechtstatbestand.

2.

Das personale Können berücksichtigt die Rechtsordnung dadurch, dass sie ein Verhalten nur dann als unwertig betrachtet, wenn es die rechtlich geforderte Sorgfalt nicht beachtet. So ist das in der Tötungsnorm ausgesprochene Verbot, einen Menschen zu töten, nicht identisch mit dem (unmöglichen) Verbot, den Tod eines Menschen zu verursachen, sondern mit dem Gebot, die rechtlich geforderte Sorgfalt zur Vermeidung einer Tötung anzuwenden ²⁶². Wer diese Sorgfalt beachtet, handelt der Tötungsnorm nicht zuwider und erfüllt damit auch nicht den Unrechts tatbestand dieser Norm. Das Merkmal der Ausserachtlassung der rechtlich geforderten Sorgfalt ist daher ein Tatbestands- bzw. Unrechtsmerkmal ²⁶³. Es ist allen Straftatbeständen immanent. Wir können es daher im Gegensatz zu den besonderen, spezifischen positiven Unrechtsmerkmalen auch als allgemeines positives Unrechtsmerkmal ansprechen.

Die Bedeutung dieses allgemeinen positiven Unrechtsmerkmals liegt darin, dass erst die Beachtung bzw. Ausserachtlassung der rechtlich geforderten Sorgfalt ein Urteil über das Verhalten des Täters ermöglicht.

Hat der Täter die gebotene Sorgfalt eingehalten, so ist seine Willensrealisierung nicht unwertig. Wir können in diesem Fall nicht von einem unwertigen Verhalten sprechen. Es liegt daher auch kein Unrecht vor, da dieses einen Verhaltensunwert voraussetzt ²⁶⁴. Da wir aber schon das Unrecht verneinen, erübrigt sich eine Prüfung der weiteren Verbrechensmerkmale.

²⁶² Vgl. Engisch, Untersuchungen, S. 336 f.

²⁶³ Vgl. dazu schon Engisch, Kausalität, S. 53, Anm. 2. Neuerdings vertritt auch Fukuda in ZStrW 71 (1959), S. 50, die Auffassung, dass die Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt zum Tatbestand gehört und mit der sorgfaltswidrigen Vornahme der Handlung, die "unvorsätzlich-adäquat" eine Rechtsgüterverletzung verursacht, die Rechtswidrigkeit indiziert wird. Siehe nunmehr auch die treffenden Ausführungen von Engisch, Unrechtstatbestand, S. 418, und dessen Kritik am Beschluss des BGH vom 4. 3. 1957, a. a. O., S. 419.

²⁶⁴ A. A. Bettermann, NJW 1957, S. 987, der eine Körperverletzung stets rechtswidrig nennt, wenn kein besonderer Rechtfertigungsgrund im Sinne eines rechtlichen Erlaubnissatzes eingreift. Vgl. auch Böhmer, MDR 1958, S. 746; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, S. 933 f. (für das Zivilrecht).

Hat der Täter dagegen die rechtlich geforderte Sorgfalt nicht beachtet, so ist sein Verhalten grundsätzlich unwertig und auch unrecht. Der Unrechtstatbestand liegt damit "prima facie" vor ²⁶⁵. Er kann jedoch noch nicht abschliessend und endgültig bejaht werden; denn dazu bedarf es noch eines Eingehens auf die sog. Rechtfertigungsgründe.

3.

Betrachten wir nach diesen Überlegungen das schon öfters angeführte Beispiel: X überfährt trotz Beachtung der rechtlich geforderten Sorgfalt A, da ihm dieser, von X nicht bemerkt und auch einem "einsichtigsten" Menschen nicht erkennbar, vor den Wagen gelaufen ist. Die Willensrealisierung des X kann hier zwar den besonderen positiven Unrechtsmerkmalen der Tötungsnorm subsumiert werden, nicht aber auch dem allgemeinen positiven Unrechtsmerkmal der Ausserachtlassung der gebotenen Sorgfalt. X hätte es zwar unterlassen können, sich mit seinem Wagen am Strassenverkehr zu beteiligen. Dies aber war ihm durch keine Rechtsnorm geboten. Wenn sein Verhalten daher trotz Beachtung aller rechtlichen Verbote und Gebote den Tod des A verursacht hat, so liegt darin ein Erfolgs-, nicht aber auch ein Verhaltensunwert. Die Willensrealisierung des X ist deshalb auch nicht unrecht. Das Unrechtsurteil wäre nur dann zu bejahen, wenn "man" in der Lage des X den A noch rechtzeitig hätte bemerken und sein Überfahren vermeiden können und nur dem X dies infolge persönlicher Umstände nicht möglich gewesen wäre.

²⁶⁵ Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Erfüllung der positiven Unrechtsmerkmale das Unrecht konstituiert oder nur indiziert. Siehe dazu Engisch, ZStrW 66 (1954), S. 368. Jedenfalls ist das Vorliegen der positiven Unrechtsmerkmale kein blosses Symptom für die Rechtswidrigkeit, da diese sonst in jedem Einzelfall positiv begründet werden müsste, eine Konsequenz, die Nagler, Leipziger Kommentar, 6. Aufl. 1944, S. 34, auch zieht.

III. Die negativen Unrechtsmerkmale

1.

Die strafrechtlichen Sollenssätze stellen ihre Verbote und Gebote nicht als absolute Forderungen auf. Sie verlangen von den Normadressaten nur für den Regelfall ein bestimmtes Verhalten, beanspruchen aber nicht ausnahmslos Geltung. Sie treten vielmehr in gewissen Lagen hinter anderen Normen zurück. Sie werden in diesen Fällen durch sog. Gegennormen für den konkreten Sachverhalt verdrängt.

Diese Gegennormen wollen den Normadressaten nicht zu einem Verhalten bestimmen. Sie erlauben ihm nur gewisse Willensrealisierungen. Wir können sie daher als Normen des Dürfens, als Erlaubnissätze, als Gestattungsnormen bezeichnen²⁶⁶. Sie fordern nicht ein Verhalten, sie gestatten ein solches nur. Sie heben die ihnen entgegenstehenden, für den Regelfall geltenden Sollensnormen für den konkreten Sachverhalt, und nur für diesen, gewissermassen auf. Das rechtliche Sollen wird durch das rechtliche Dürfen in concreto seiner Existenz beraubt.

Das rechtliche Dürfen ist zwar in eigenen Normen geregelt. Dies ist jedoch nur aus praktischen, gesetzestechnischen Erwägungen geschehen²⁶⁷. Ihrem Wesensgehalt nach engen die Gestattungsnormen die Sollensnormen nur ein²⁶⁸. Sie haben keinen eigenen Unrechtstatbestand, sondern gehören zum Unrechtstatbestand der einzelnen Sollensnormen, den sie einschränken. Sie sind nur unselbständige Rechtssätze²⁶⁹. Verboten und damit unrecht ist daher die unter Ausserachtlassung der rechtlich geforderten Sorgfalt vollzogene Tötung eines Menschen letztlich erst, wenn der Täter nicht in Notwehr gehandelt hat und auch kein anderer Erlaubnissatz eingreift.

Die "Tatbestandsmerkmale" der Gestattungsnormen sind daher nur Unrechtsmerkmale der Sollensnormen. Im Gegensatz zu den positiven Unrechtsmerkmalen aber, die darlegen, welche Merkmale erfüllt sein müssen, um "prima facie" von einem Unrecht sprechen zu können, bringen die Erlaubnissätze zum Ausdruck, welche Merkmale nicht vorliegen dürfen, um das Unrecht abschliessend bejahen zu können. Ihre Bedeutung besteht darin, dass erst ihr Nichtvorliegen das Un-

²⁶⁶ Siehe dazu Maihofer, Rittler-Festschrift 1957, S. 149

²⁶⁷ Vgl. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 1948, S. 109; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 58

²⁶⁸ Vgl. Engisch, Einführung, S. 27; Oehler, Zweckmoment, S. 24

²⁶⁹ Vgl. Engisch, a.a.O., S. 23

rechtsurteil endgültig ermöglicht, während ihr Vorhandensein das "prima facie" gegebene Unrecht ex ante beseitigt und die Willensrealisierung zu einer a priori erlaubten und damit rechtmässigen macht ²⁷⁰.

Da bei Eingreifen einer Gestattungsnorm die infolge der Verwirklichung der positiven Unrechtsmerkmale einer Bestimmungsnorm "prima facie" mit dem Makel des Unrechts belastete Willensrealisierung ex ante erlaubt ist, nennt man diese Normen des Dürfens auch Rechtfertigungsgründe ²⁷¹ oder Unrechtsausschliessungsgründe ²⁷². Im Gegensatz zu den positiven Tatbestandsmerkmalen der Sollensnormen werden sie des öfteren auch als negative Tatbestandsmerkmale ²⁷³ angesprochen ²⁷⁴; denn die Sollensnormen werden durch ihren "Tatbestand" begrenzt, eingeengt. Wir wollen sie im Rahmen unserer Terminologie als negative Unrechtsmerkmale bezeichnen. Sachlich spiegelt sich hierin kein Unterschied ²⁷⁵.

2.

Unsere Rechtsordnung kennt zahlreiche Fälle einer Wertungskollision, in der Sollensnormen durch Normen des Dürfens in concreto verdrängt werden. Diese Fälle sind gekennzeichnet durch eine von der Rechtsordnung gestattete Interessenpreisgabe oder durch eine von ihr erlaubte Wahrnehmung höherer, dem in einer Sollensnorm geschützten Rechtsgut entgegenstehender Interessen ²⁷⁶.

²⁷⁰ Vgl. v. Liszt-Schmidt, Strafrecht I, S. 185 f.; Mezger, Studienbuch I, S. 111 u. Lehrbuch, S. 205 f.

²⁷¹ So etwa Frank, Strafgesetzbuch, Vorbem. z. 4. Abschnitt III; R. v. Hippel, Strafrecht II, S. 189; Maurach, Strafrecht I, S. 236 ff.; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, II 2. Vorbem. § 51; Welzel, Strafrecht, S. 70, 117.

²⁷² So etwa Engisch, Unrechtstatbestand, S. 409; H. Mayer, Strafrecht, S. 155; Mezger, Studienbuch I, S. 109 u. Lehrbuch, S. 89, 182; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 57.

²⁷³ So schon A. Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (1889), S. 82; ferner etwa Engisch, Untersuchungen, S. 344; Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs (1907), S. 15 ff.; R. v. Hippel, VDA III, S. 549.

²⁷⁴ V. Weber, Mezger-Festschrift 1954, S. 184 f., dagegen beschränkt den Begriff der negativen Tatbestandsmerkmale bzw. Tatumstände entgegen dem üblichen Sprachgebrauch nicht auf die sog. Erlaubnissätze.

²⁷⁵ Vgl. Mezger, Studienbuch I, S. 109f.; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, II 2. Vorbem. § 51.

²⁷⁶ Letztlich sind auch die Fälle der Interessenpreisgabe nur eine Erscheinungsform des Grundsatzes vom überwiegenden Interesse (siehe dazu Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 135). Trotzdem sollen sie im folgenden getrennt behandelt werden.

a) Bei der Interessenpreisgabe willigt der Rechtsgutsträger in die Verletzung eines durch eine Sollensnorm geschützten Interesses ein. So ist eine Körperverletzung, die mit Einwilligung des Verletzten erfolgt, grundsätzlich rechtlich gestattet. Die rechtfertigende Funktion der Interessenpreisgabe findet aber dort ihre Grenze, wo ein dieser Preisgabe entgegenstehendes höheres Interesse eingreift. Daher wird etwa eine gegen die guten Sitten verstossende Körperverletzung trotz Interessenpreisgabe durch den Rechtsgutsträger von keiner Gestattungsnorm gedeckt ²⁷⁷.

b) Bei der Wahrnehmung höherer Interessen liegt ein Interessenwiderstreit vor, in dem sich die Rechtsordnung ausnahmsweise für das einer Sollensnorm entgegenstehende Interesse entscheidet, weil sie dieses als höherwertig ansieht. Den Schutz dieses höherwertigen Interesses zu gewährleisten, ist hier Ziel des besonderen rechtlichen Erlaubnissatzes. So weicht die Tötungsnorm in concreto einer Gestattungsnorm, wenn der Täter in Notwehr handelt ²⁷⁸. Die Rechtsordnung betrachtet hier in einer Interessenabwägung das Leben des Angegriffenen als schutzwürdiger denn das Leben des Angreifers. Der Angegriffene braucht zwar den Angreifer nicht zu töten. Er kann sich auch völlig passiv verhalten. Er darf ihn jedoch töten. Die Rechtsordnung gestattet ihm diese Willensrealisierung.

3.

a) Mehrere Schriftsteller haben nun versucht, bei einer Willensrealisierung, die, sei es im Strassenverkehr, bei einem gefährlichen Betrieb oder beim ärztlichen Eingriff, die rechtlich geforderte Sorgfalt beachtet, trotzdem aber eine Interessenverletzung verursacht hat, das Unrecht infolge Vorliegens eines sog. Rechtfertigungsgrundes zu verneinen. Sie operieren entweder mit dem Begriff des erlaubten Risikos oder mit dem Gedanken des sozialadäquaten Verhaltens ²⁷⁹.

So betrachtet Sauer ²⁸⁰ die aus allgemeinen sozial nützlichen Einrichtungen resultierenden Verletzungen infolge erlaubten Risikos als nicht rechtswidrig. Nach H. Mayer ²⁸¹ ist das erlaubte Risiko einer der wichtigsten Rechtfertigungsgründe. Schröder ²⁸² bezeichnet das erlaubte Risiko und die soziale Adäquanz als einen besonderen Rechtfertigungsgrund. Nach Welzel ²⁸³ bildet die soziale Adäquanz

²⁷⁷ Vgl. § 226 a StGB.

²⁷⁸ Vgl. § 53 Abs. 1 StGB.

²⁷⁹ Zum Verhältnis von erlaubtem Risiko und sozialadäquatem Verhalten siehe etwa Welzel, Strafrecht, S. 115; ders., Bild, S. 33; Niese, Streik und Strafrecht (1954), S. 31; ders., JZ 1956, S. 460; Fukuda, ZStrW 71 (1959), S. 45; Engisch, Unrechtstatbestand, S. 417, Anm. 42; unklar Mezger, LK, Bem. 10 h cc vor § 51. ²⁸⁰ Allgemeine Strafrechtslehre, S. 137 f.

²⁸¹ Strafrecht, S. 187.

²⁸² Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, III 8 Vorbem. § 51.

²⁸³ Strafrecht, S. 74; Bild, S. 24.

einen gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund. Bei Niese²⁸⁴ hat die soziale Adäquanz die Bedeutung eines allgemeinen Rechtfertigungsprinzips. Nowakowski²⁸⁵ betrachtet die Sozialadäquanz und das erlaubte Risiko für die vorsätzlichen und die Einhaltung der objektiven Sorgfalt für die fahrlässigen Delikte als sachlich gleichbedeutende Rechtfertigungsgründe. Schliesslich liegt auch nach Oehler²⁸⁶ bei unvermeidbaren Schädigungen ein besonderer Rechtfertigungsgrund vor, ohne dass Oehler dies jedoch näher begründet.

Diese Lehren sind zwar nicht positivrechtlich festgelegt. Dies spricht aber nicht gegen sie; denn die Existenz gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgründe ist allgemein anerkannt. Auch die Kritik Maurachs²⁸⁷, es sei nicht statthaft, die scharf profilierten Rechtfertigungsgründe durch die Generalklausel des massvollen Risikos zu ersetzen, trifft insoweit nicht zu, als dadurch die übrigen Rechtfertigungsgründe nicht wegfielen, sondern nur durch eben diesen neuen Rechtfertigungsgrund ergänzt, nicht ersetzt würden.

b) Solche Willensrealisierungen könnten aber nur dann infolge Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes rechtmässig sein, wenn die Voraussetzungen für eine Gestattungsnorm gegeben wären. Es müsste also entweder eine rechtlich anerkannte Interessenpreisgabe oder eine Wahrnehmung höherer Interessen eingreifen. Dies trifft jedoch nicht zu. Betrachten wir dazu noch einmal das schon mehrmals angeführte Beispiel: X verletzt trotz Beachtung der gebotenen Sorgfalt A, da dieser, von X unbemerkt und auch einem "einsichtigsten" Menschen nicht erkennbar, in dessen Wagen gelaufen ist.

aa) Eine Interessenpreisgabe liegt nicht vor; denn A hat weder ausdrücklich noch konkludent in eine Körperverletzung eingewilligt²⁸⁸. Eine Auffassung, die hier eine generelle Einwilligung des A in alle jene Rechtsgutsverletzungen bejahen wollte, die A bei seiner Teilnahme am Strassenverkehr trotz fremden "verkehrsrichtigen" Verhaltens erleidet, ginge an der Lebenswirklichkeit vorbei. A rechnet nicht mit einer Körperverletzung²⁸⁹. Er beteiligt sich vielmehr am Strassenver-

²⁸⁴ Streik und Strafrecht (1954), S. 30 f.

²⁸⁵ JZ 1958, S. 390; vgl. auch Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955), S. 62.

²⁸⁶ Zweckmoment, S. 75.

²⁸⁷ Strafrecht I, S. 436.

²⁸⁸ Bei einer Tötung des A scheitert eine rechtlich relevante Interessenpreisgabe schon daran, dass hier die Einwilligung keinen Rechtfertigungsgrund bildet; denn das Leben ist ein unverzichtbares Rechtsgut. Vgl. dazu etwa BGHSt 4, 88 (93); 7, 112 (114); BayObLG in NJW 1957, S. 1245 f.; Maurach, Strafrecht I, S. 437 f.

²⁸⁹ Vgl. Wussow, NJW 1958, S. 892.

kehr gerade in der Hoffnung, nicht verletzt zu werden. Von einer Einwilligung könnte allenfalls dann gesprochen werden, wenn A infolge besonderer konkreter Anzeichen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine Rechtsgutsverletzung erwarten müsste. Solche Anzeichen sind jedoch nicht vorhanden.

bb) Auch ein Erlaubnissatz auf Grund einer Wahrnehmung höherer Interessen greift aber nicht ein. Die Rechtsordnung muss sich zwar als Lebensordnung dessen bewusst sein, dass im Strassenverkehr selbst ein "verkehrsrichtiges" Verhalten immer wieder einmal eine Rechtsgutsverletzung verursacht. Sie muss daher solche Interessenverletzungen auch in Kauf nehmen, wenn sie den modernen Strassenverkehr nicht verbieten will. Sie erlaubt jedoch damit diese Rechtsgutsverletzungen noch nicht. Es ist dem X von der Rechtsordnung nicht gestattet, A zu verletzen; denn bei einer Interessenabwägung in concreto überwiegt das Interesse an der Erhaltung der Gesundheit des A gegenüber dem Interesse des X an der Teilnahme am Strassenverkehr.

4.

Ausführlich hat sich Maihofer²⁹⁰ mit dem Problem des "verkehrsrichtigen" Verhaltens, das einen unwertigen Erfolg verursacht, auseinandergesetzt. Ausgehend von der Idee eines personalen Unrechts, hat er einen neuen Verbrechensoffenbau entwickelt²⁹¹, der auf der Unrechtsebene durch die Elemente Unrechts-sachverhalt und Unrechtsvorwurf gekennzeichnet ist. Maihofer erkennt dabei richtig, dass in den Fällen, die durch ein "verkehrsrichtiges" Verhalten mit unwertigem Erfolg charakterisiert sind, die besonderen positiven Tatbestandsmerkmale vorliegen und kein rechtlicher Erlaubnissatz eingreift²⁹². Maihofer bejaht damit auch den Unrechtssachverhalt, verneint dann aber den sog. Unrechtsvorwurf. Der Gedanke eines allgemeinen positiven Unrechtsmerkmals in Gestalt der Ausserachtlassung der rechtlich geforderten Sorgfalt ist ihm fremd. Eine Verschiedenheit von Maihofers Lehre mit unserer Auffassung besteht in der praktischen Auswirkung jedoch nicht; denn auch Maihofer verneint das Unrecht. Wir halten aber den Begriff des Unrechtsvorwurfs für entbehrlich. Auch sollte nach unserer Auffassung der Terminus "Vorwurf" nur im Schuldbereich Verwendung finden.

²⁹⁰ Rittler-Festschrift 1957, S.141 ff.

²⁹¹ A.a.O., S.147 ff. u. ZStrW 70 (1958), S.105;

vgl. ferner: Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem (1953).

²⁹² Ein Eingehen auf Maihofers Lehre in toto ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich.

SCHLUSSBETRACHTUNGEN

1. Abschnitt

Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Ergebnisse unserer Überlegungen können wir wie folgt kurz zusammenfassen:

I.

Die Rechtsordnung verbietet nur Willensrealisierungen. Dabei muss das rechtliche Verbot schon im Zeitpunkt der Willensbetätigung feststehen und erkennbar sein. Kriterium für dieses Verbot ist die rechtlich geforderte Sorgfalt. Diese beurteilt sich nach den dem Täter im Zeitpunkt und am Ort der Willensrealisierung bekannten Umständen, ergänzt durch diejenigen Umstände, welche zwar der Täter nicht kannte, die aber einem "einsichtigsten Menschen" erkennbar gewesen wären.

Nur die verbotenen Willensrealisierungen sind rechtswidrig und damit auch unrecht. Die Begriffe "Rechtswidrigkeit" und "Unrecht", wie sie für den Deliktsaufbau Bedeutung gewinnen, beziehen sich nur auf den Verhaltensunwert. Sie erstrecken sich nicht auch auf den Erfolgsunwert, da dieser nicht verboten sein kann.

II.

Im Unrechtsbereich ergibt sich daher folgender Deliktsaufbau: Auszugehen ist von den in jeder Rechtsnorm verschiedenen besonderen positiven Unrechtsmerkmalen, die gewöhnlich Tatbestandsmerkmale genannt werden. Liegen diese vor, so können wir bei den Erfolgsdelikten von einem Erfolgsunwert sprechen. Sodann ist die Willensrealisierung des Täters im Hinblick auf das allgemeine positive Unrechtsmerkmal der Ausserachtlassung der gebotenen Sorgfalt zu prüfen. Erst wenn auch dieses Merkmal gegeben ist, können wir das Verhalten "prima facie" als unwertig und damit als rechtswidrig bezeichnen. Abschliessend und endgültig kann das Unrecht jedoch erst bejaht werden, wenn kein negatives Unrechtsmerkmal, kein sog. Rechtfertigungsgrund eingreift; denn ein solcher macht die "prima facie" rechtswidrige Willensrealisierung ex ante erlaubt.

2. Abschnitt

Das Problem der Notwehr gegen ein sog. verkehrsrichtiges Verhalten mit drohendem Verletzungserfolg

I.

Als gewichtiges Argument gegen die Auffassung, dass bei einem "verkehrsrichtigen" Verhalten, das einen unwertigen Erfolg verursacht, schon das Unrecht ausgeschlossen ist, wird des öfteren auf die unbilligen Folgen, die sich hieraus ergeben sollen, verwiesen, insbesondere auf das Problem der Notwehr, auf das wir daher noch kurz eingehen wollen.

So ist nach Schmidt ¹ und Wussow ² als logische Folge der hier vertretenen Auffassung Notwehr gegen ein "verkehrsrichtiges" Verhalten, das ein Rechtsgut zu verletzen droht, nicht möglich, da diese einen rechtswidrigen Angriff voraussetzt ³. Man müsse sich daher von einem Fahrer, der die rechtlich gebotene Sorgfalt beachtet, überfahren lassen und dürfe sich nicht dagegen wehren ⁴. Gewiss wäre ein solches Ergebnis unbillig. Folgt es aber wirklich notwendig aus unserem Unrechtsbegriff? Ist es tatsächlich ein "Widerspruch in sich selbst" ⁵, einerseits jeder Willensrealisierung, welche die rechtlich gebotene Sorgfalt beachtet, den Mangel der Rechtswidrigkeit zu nehmen, andererseits aber trotzdem gegen eine solche Willensbetätigung, wenn sie ein Rechtsgut zu verletzen droht, Notwehr zuzulassen?

II.

Keine Schwierigkeit ergibt sich bei vorsätzlichen Delikten ⁶. Erkennt X, der unter Beachtung der Verkehrsvorschriften auf der Strasse fährt, noch rechtzeitig, dass A, ein kleiner Junge, in seinen Wagen läuft, versucht er aber nicht, einen Zusammenstoß zu verhindern, obwohl ihm dies möglich wäre, so hält X zwar die besonderen Verkehrsgesetze, nicht aber die rechtlich gebotene Sorgfalt ein; denn diese hätte hier gerade darin bestanden, von den besonderen Verkehrsvorschriften

¹ NJW 1958, S. 488 f.

² NJW 1958, S. 892.

³ Vgl. auch May, NJW 1958, S. 1265.

⁴ Siehe auch Lehmann, Hedemann-Festschrift 1958, S. 189 f.

⁵ So Boennecke, NJW 1960, S. 1189.

⁶ Siehe dazu S. 57 ff.

abzuweichen⁷. Wussow⁸ erkennt daher den Gedanken der gebotenen Sorgfalt, wenn er diese nur an den besonderen Verkehrsvorschriften orientiert. Die gebotene Sorgfalt berechtigt den ordnungsgemäss den Verkehrsregeln nach auf der Strasse fahrenden Kraftfahrer gerade nicht, "ganz bewusst" den leichtsinnig vor ihm auf dem Fahrdamm laufenden Fussgänger zu überfahren⁹.

Das Problem hat ferner keine praktische Bedeutung bei der Beschädigung oder Zerstörung von Sachen des Angreifers. Droht X trotz Beachtung der gebotenen Sorgfalt A zu überfahren und kann A oder der Fussgänger F, der zufällig des Weges kommt, eine Körperverletzung oder Tötung durch den Wagen nur dadurch verhindern, dass er dem Fahrzeug ein Hindernis entgegenschleudert, wodurch dieses erheblich beschädigt wird, so ist das Verhalten des A bzw. des F gerechtfertigt. Die Beschädigung des Wagens ist nicht rechtswidrig erfolgt, da hier § 228 BGB eingreift¹⁰. Diese Vorschrift setzt keinen rechtswidrigen Angriff voraus. Sie rechtfertigt aber nur die Beschädigung und Zerstörung fremder Sachen, nicht auch die Verletzung oder Tötung eines Menschen. Jedoch ist auch in den Fällen des zivilrechtlichen Notstands des § 228 BGB zu prüfen, ob nicht neben dieser Vorschrift noch der Gedanke der Notwehr zum Zuge kommt. Die Anwendung des § 228 BGB steht dem nicht entgegen, da die Konkurrenz sog. Rechtfertigungsgründe möglich und häufig ist.

Entscheidend wird die Frage der Notwehr aber erst, wenn derjenige, dem unmittelbar ein Angriff droht, oder ein Dritter den sich "verkehrsrichtig" Verhalten, von dem der Angriff ausgeht, verletzt oder tötet; denn hier versagt § 228 BGB¹¹, und auch der Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstands, der nach der herrschenden Differenzierungstheorie die Rechtswidrigkeit ausschliesst¹², greift nicht ein, da beim übergesetzlichen Notstand, ganz abgesehen von den übrigen Voraussetzungen, das zu schützende Rechtsgut stets von höherem Wert sein muss als dasjenige, für das die Gefahr der Verletzung besteht¹³.

Ein Beispiel möge das Problem veranschaulichen: Ein Wagen gerät auf der Strasse ins Schleudern, obwohl dessen Fahrer X die rechtlich gebotene Sorgfalt

⁷ Vgl. Engisch, Untersuchungen, S. 363 f. und die dort angeführte Rechtsprechung; Frank, Strafgesetzbuch, § 59, Anm. VIII 4; R. v. Hippel, Strafrecht II, S. 365; ders., VDA III, S. 571.

⁸ NJW 1958, S. 892.

⁹ Wussow, a. a. O.

¹⁰ Vgl. Schmidt, NJW 1958, S. 488, Anm. 8.

¹¹ Am Problem vorbei gehen die Ausführungen Hafferburgs, NJW 1959, S. 1399.

¹² Vgl. Maurach, Strafrecht I, S. 253 f.

¹³ Vgl. Maurach, a. a. O., S. 256 ff.; Welzel, Strafrecht, S. 80.

in jeder Beziehung beachtet hat, und droht A auf dem Bürgersteig erheblich zu verletzen. Dieser erkennt die Gefahr und kann vor das Fahrzeug noch rechtzeitig ein wirksames Hindernis bringen, auf das der Wagen prallt. X erhält dabei schwere Verletzungen. Ist hier das Verhalten des A infolge Notwehr gerechtfertigt?

III.

Notwehr setzt nach § 53 Abs. 2 StGB einen "rechtswidrigen" Angriff voraus. Eine Willensrealisierung, welche die rechtlich gebotene Sorgfalt beachtet, ist aber rechtmässig, auch wenn sie ein Rechtsgut zu verletzen droht ¹⁴. Ein "rechtswidriger" Angriff könnte daher bei einem solchen Verhalten nur vorliegen, wenn der Begriff der Rechtswidrigkeit im Sinne des § 53 Abs. 2 StGB einen anderen Inhalt hat als der Rechtswidrigkeitsbegriff des Deliktsaufbaus ¹⁵.

Für den Verbrechensaufbau haben wir die Frage nach der Rechtswidrigkeit vom Verhalten des Täters, des "Angreifers" im Sinne des § 53 StGB her zu lösen versucht. Diese Orientierung ergab sich zwingend daraus, dass rechtswidrig hier nur etwas der Rechtsordnung Widersprechendes, etwas Verbotenes sein kann. Einem rechtlichen Verbot aber kann nur ein menschliches Verhalten, das wir als Willensrealisierung bezeichnet haben, nicht aber ein Erfolg unterliegen. Bestimmend für das rechtliche Verbot und damit auch für den Rechtswidrigkeitsbegriff des Deliktsaufbaus ist daher der Verhaltensunwert einer Willensrealisierung. Ist dieser auch für den Rechtswidrigkeitsbegriff des § 53 Abs. 2 StGB entscheidend?

Um diese Frage zu beantworten, wollen wir zunächst an Hand des obigen Beispiels von einer Interessenabwägung ausgehen. Auf der einen Seite können wir hier das Interesse des X, mit seinem Wagen am Strassenverkehr teilzunehmen und dabei nicht verletzt zu werden, feststellen. Demgegenüber steht das Interesse des A, sich am Strassenverkehr zu beteiligen, ohne verletzt zu werden. Beide Interessen sind in gleichem Grade schutzwürdig. Sie werden daher von der Rechtsordnung grundsätzlich auch gleichermassen geschützt. Infolge dieser Gleichwertigkeit beider Interessen kann aber, wenn der eine Interessenträger gegen den anderen Rechtsgutsträger einen Angriff, d.h. eine drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen ¹⁶, verursacht und sich dabei nur eines der beiden Interessen durchzusetzen vermag, für die Frage der Rechtswidrigkeit als Notwehrevoraussetzung im Gegensatz zu dem Problem der Rechtswidrigkeit als Verbrechensmerk-

¹⁴ A. A. Larenz, Schuldrecht, Bes. Teil, S. 364 f.

¹⁵ Diese Möglichkeit übersehen Wussow, NJW 1958, S. 892, und Boennecke, NJW 1960, S. 1189.

¹⁶ Maurach, Strafrecht I, S. 246; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 53, Anm. II 1.

mal nicht entscheidend sein, dass das Verhalten des Angreifers nicht wertwidrig und damit nicht verboten ist. Vielmehr kommt es nach der ratio der Notwehrbestimmung darauf an, ob der Angegriffene, also A, den Angriff ohne Gegenwehr hinzunehmen verpflichtet ist, ob er den Angriff dulden muss¹⁷.

A hat X keinerlei Veranlassung zu einem Angriff gegeben. Der Angriff des X erfolgt ohne jeden Grund. Er kann auf kein Eingriffsrecht gestützt werden. A braucht daher diesen Angriff auch nicht zu dulden. Er muss sich zwar nicht dagegen zur Wehr setzen. Die Rechtsordnung gestattet ihm dies jedoch. Sie erlaubt ihm die Verletzung des X, wenn sich A nur dadurch schützen kann. X muss diese Verletzung in Kauf nehmen. Er hat das Risiko seines gefährlichen Unternehmens zu tragen. Von ihm geht die drohende Gefahr aus, er hat diese Gefahr verursacht, auch wenn sein Verhalten nicht verboten ist. X trifft das "Betriebsrisiko" hier ebenso, wie wenn sein Wagen auf Grund des Schleuderns trotz Beachtung der gebotenen Sorgfalt in einen Abgrund gestürzt und X selbst dabei erheblich verletzt worden wäre¹⁸.

Dem Rechtswidrigkeitsbegriff in § 53 Abs. 2 StGB ist damit ein anderer Sinngehalt eigen als dem Unrechtsterminus des Verbrechenaufbaus¹⁹. Bei der Not-

¹⁷ So schon Binding, Handbuch des Strafrechts I (1885), S.740; ferner Engisch, Untersuchungen, S.60 f.; ders., Die Einheit der Rechtsordnung (1935), S.53 f., Anm. 4; Frank, Strafgesetzbuch, § 53, Anm. I 2 b mit Nachweisen; Freudenthal, ZStrW 48 (1928), S. 297; v. Hippel, Strafrecht II, S. 207, Anm. 1; Jagusch, LK, § 53, Anm. 2 f; Köhler, Strafrecht, S. 345; Mezger, Studienbuch I, S. 117 f.; Niethammer in Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 1942, § 53, Anm. B 10; Oetker, VDA II, S. 264; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 53, Anm. II 2; Zippelius, Unrechtslehre, S.58. Ebenso RGSt 27, 44 (45). Neuestens auch Nipperdey, BGB, S.1297, 1450. A. A. Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme (1949), S.27, Anm. 54; Maurach, Strafrecht I, S.247 (Rechtswidrig ist ein Angriff, der von der Rechtsordnung objektiv-negativ bewertet wird); Oehler, Zweckmoment, S.67, Anm.5; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S.119; Schmidt, NJW 1960, S.1707.

¹⁸ Vgl. Schmidt, NJW 1958, S. 488 f.

¹⁹ Nipperdey meint, für die Notwehr sei kein anderer Rechtswidrigkeitsbegriff massgebend als für den Deliktaufbau. Der Rechtswidrigkeitsbegriff der Notwehr sei nur zu eng (BGB, S.1296 f., 1450). Damit aber ist der für die Notwehr entscheidende Unrechtsterminus letztlich eben doch von dem für den Deliktaufbau massgebenden Rechtswidrigkeitsbegriff verschieden. Im praktischen Ergebnis freilich stimmt Nipperdey mit unserer Auffassung überein.

wehr ist die Betrachtungsweise der Rechtswidrigkeit nicht am Verhalten des Angreifers ausgerichtet, sondern von der Sicht des Angegriffenen her zu erfassen ²⁰. Daher kommt es auch nicht auf den Widerspruch des Verhaltens des Angreifers zur Rechtsordnung an. Vielmehr ist entscheidend, ob der Angegriffene den Angriff zu dulden hat ²¹. Jeder Angriff, den man nicht hinzunehmen braucht, ist in diesem Sinne "rechtswidrig" ²².

Daher ist gegen einen solchen Angriff auch Notwehr zulässig. Dieses Ergebnis entspricht sowohl der Teleologie des Gesetzes als auch der Billigkeit. Wäre eine bestimmt geartete Willensrealisierung des Angreifers Voraussetzung für die Notwehr, so wäre diese gegen einen Kraftfahrer, der infolge eines Ohnmachtsanfalls seinen Wagen in eine Menschenmenge zu lenken droht, nicht möglich ²³.

3. Abschnitt

Rechtswidrigkeitsbegriff und Einheit der Rechtsordnung (Ausblick)

Es gibt damit keinen einheitlichen, für alle strafrechtlichen Probleme gleichermaßen verbindlichen Rechtswidrigkeitsbegriff. Aus der Gleichförmigkeit des Wortes "rechtswidrig" kann daher nicht auf einen gleichen Inhalt geschlossen werden. Vielmehr führt das Prinzip teleologischer Rechtsfindung zu einer unterschiedlichen Auslegung des Begriffs der Rechtswidrigkeit als Notwehrvoraussetzung und des

²⁰ Jagusch, LK, § 53, Anm. 2 f.

²¹ Dabei wird nicht verkannt, dass diese Formulierung noch nicht zum Ausdruck bringt, gegen welche Angriffe keine Duldungspflicht besteht, wogegen sich der Angegriffene also zur Wehr setzen darf (insofern zutreffend Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949, S. 27, Anm. 54). Hierauf kann aber im Rahmen dieser Abhandlung nicht mehr näher eingegangen werden. Jedoch dürfte der Gedanke das Problem einer Lösung näherbringen, dass nur ein solcher Angriff zu dulden ist, dem ein spezifisches Eingriffsrecht zugrundeliegt. Freilich stellt sich dann sofort die weitere Frage, wann ein Eingriffsrecht gegeben ist.

²² Analoges gilt, wie hier nicht näher erörtert werden kann, für den negatorischen Schutz im Zivilrecht. Vgl. dazu Nipperdey, BGB, S. 1297.

²³ Nach H. Mayer, Strafrecht, S. 204, ist rechtswidrig im Sinne des § 53 Abs. 2 StGB nur der vorsätzliche Angriff eines verantwortlichen Menschen.

sprachlich gleichen Begriffs als Verbrechenmerkmal ²⁴. Der Begriff "rechtswidrig" in § 53 Abs. 2 StGB ist gegenüber dem Rechtswidrigkeitsbegriff des Deliktsaufbaus auf Grund der divergenten Zweckbestimmung autonom. Treffend spricht daher Oetker ²⁵ von einer "Doppeldeutigkeit" des Rechtswidrigkeitsbegriffs. Damit ist zwar nicht der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit gedient. Es handelt sich hier aber um eine Erscheinung, die wir selbst bei grundlegenden Rechtsbegriffen und innerhalb desselben Gesetzes öfters vorfinden können ²⁶. Man spricht hier von einer Relativität der Rechtsbegriffe ²⁷, von "gesetzestechnischen Widersprüchen" ²⁸. Solche müssen zur Vermeidung von sachlichen Widersprüchen in Kauf genommen werden. Daher ist auch die Kritik Sauers ²⁹, der es eine "eigenartige Unterstellung" nennt, dass die Rechtsprechung mit zwei verschiedenen Rechtswidrigkeitsbegriffen arbeiten soll, nicht gerechtfertigt.

²⁴ Vgl. dazu Engisch, Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (1958), S. 70; Schaffstein, DRW 4 (1939), S. 244. A. A. Schmidt, NJW 1958, S. 489; ders., NJW 1960, S. 1707.

²⁵ Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des bürgerlichen Gesetzbuchs (1903), S. 23, Anm. 1.

²⁶ So wird mit dem allerdings nicht im Strafgesetzbuch selbst enthaltenen Begriff der Fahrlässigkeit bald die Nichtbeachtung der rechtlich gebotenen Sorgfalt, bald das Zurückbleiben hinter den persönlichen Einsichten und Fähigkeiten, bald beides zusammen bezeichnet. Siehe ferner etwa BGHSt 5, 263 (266); BGHSt 6, 107 f. = JZ 1955, S. 287 (mit zustimmender Anmerkung von Lang-Hinrichsen; ebenso Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 305, Anm. II 2 a); Urteil des Bundessozialgerichts vom 19. 3. 1957 (6 RKa 5/55) in JZ 1958, S. 20 (mit zustimmender Anmerkung von Dürig); de Boor, Niedermeyer-Festschrift 1953, S. 33; Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung (1935), S. 43; ders., Einführung, S. 78, 157 f.; Zimmermann, NJW 1956, S. 1262.

²⁷ Der Begriff der Relativität ist selbst relativ. Wir gebrauchen ihn hier im Sinne von "Mehrdeutigkeit". Vgl. dazu Engisch, Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (1958), S. 65 ff.

²⁸ Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung (1935), S. 43; ders., Einführung, S. 157.

²⁹ Allgemeine Strafrechtslehre, S. 119.

In der Verschiedenartigkeit des Begriffs "rechtswidrig" als Verbrechensmerkmal und als Notwehrvoraussetzung liegt kein Verstoß gegen die viel diskutierte Einheit der Rechtsordnung im allgemeinen und die oft erörterte Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsbegriffs im besonderen ³⁰. Für dieses Problem ist vielmehr danach zu fragen, ob ein in einem Rechtsgebiet verbotenes Verhalten auch für die anderen Rechtsgebiete verboten und ob ein etwa strafrechtlich infolge Eingreifens eines Rechtfertigungsgrundes erlaubtes Verhalten schlechthin gerechtfertigt ist ³¹. Damit verbindet sich das Problem der Relativität bzw. der Absolutheit des Rechtswidrigkeitsbegriffs ³².

Diese Fragen führen zum Ausgangspunkt unserer Betrachtungen zurück. Wir können auf sie im Rahmen unserer Abhandlung, die sich nur mit der strafrechtlichen Seite auseinanderzusetzen hatte, nicht mehr eingehen ³³. Wir dürfen jedoch den Wunsch aussprechen, dass die hier für das Strafrecht gefundenen Ergebnisse auch auf die zivilrechtliche Erörterung befruchtend wirken mögen; denn "die hergebrachten Grenzen der einzelnen Fächer der Wissenschaft sind nicht immer diejenigen, an denen auch der innere Zusammenhang der einzelnen Materien aufhört und oft liessen sich wohl Resultate, die in einer Disziplin zu einem bestimmten Zeitpunkte gewonnen sind, mit Nutzen für eine andere Disziplin verwerten" ³⁴.

³⁰ Vgl. dazu Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung (1935), insbes. S. 55 ff.; Maurach, Strafrecht I, S. 238; Mezger, Studienbuch I, S. 86 u. Lehrbuch, S. 181 f.; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 58 f.

³¹ Ausführlich sind diese Fragen erörtert bei W. Seib, Die Bedeutung der rechtlichen Bewertung eines Verhaltens durch ein Rechtsgebiet für seine rechtliche Beurteilung im allgemeinen (Giessener Dissertation 1933).

³² Siehe dazu Engisch, Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (1958), S. 59 ff., insbes. S. 73 ff.; Oehler, Zweckmoment, S. 88 ff.

³³ Vgl. neuestens Larenz, Schuldrecht, Bes. Teil, S. VI; Nipperdey, BGB, S. 1278 f.

³⁴ V. Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhange (1871), S. VI.

LEBENS LAUF

Am 17. Mai 1933 wurde ich, Hans Otto Zimmermann, als Sohn des Verw.-Oberinspektors a.D. Otto Zimmermann und seiner Ehefrau Barbara in München geboren.

Im September 1944 trat ich in das Humanistische Gymnasium Ingolstadt ein. Ab Herbst 1945 besuchte ich das Maximilians-Gymnasium in München, wo ich im Juni 1953 die Reifeprüfung ablegte.

Im Wintersemester 1953/1954 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität in München Philosophie und Philologie, ab Sommersemester 1954 Rechtswissenschaft. Nach einem juristischen Studium von sieben Semestern legte ich im September 1957 den schriftlichen und am 16. Januar 1958 den mündlichen Teil der ersten juristischen Staatsprüfung ab.

Seit 10. Februar 1958 bin ich als Rechtsreferendar in München tätig.

